

# **GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y DERECHO A PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL. RAZONES PARA UNA REGULACIÓN URGENTE**

Gestation by substitution and right to Social Security benefits. Reasons for urgent regulation

NANCY SIRVENT HERNÁNDEZ

**Catedrática de E.U. de Derecho del Trabajo**

**y de la Seguridad Social**

**UNIVERSIDAD DE ALICANTE**

**RESUMEN:** La problemática actual suscitada en torno a la gestación por sustitución gira, básicamente, en torno a dos cuestiones fundamentales: el reconocimiento de la filiación y la inscripción en el Registro Civil español a favor de los padres intencionales, y la derivación de prestaciones de Seguridad Social en tales casos. Los criterios mantenidos al respecto en sede administrativa y judicial y, dentro de esta última, entre los tribunales civiles y los del orden social, distan de ser uniformes, generando una situación de gran inseguridad jurídica. El hecho de que el TS esté defendiendo el derecho a prestaciones de maternidad y paternidad en estos casos (tanto en relación con el personal laboral, como con el estatutario y autónomos) ha llevado a que el INSS haya hecho suyo este criterio y reconozca la gestación por sustitución como situación protegida a efectos de prestaciones de maternidad viéndose obligado, asimismo, a aprobar los criterios interpretativos pertinentes a fin de adaptar la normativa vigente a las prestaciones de SS causadas por hijos fruto de estas prácticas en país extranjero. Esta doctrina jurisprudencial, empero, está dando lugar a situaciones discriminatorias entre quienes acceden a estas prácticas en países donde son legales y que pueden beneficiarse de las prestaciones de la Seguridad Social española, y aquellos otros que las llevan a cabo en nuestro país y a los que se impide el acceso a las mismas. Todo ello justifica la necesidad de que se aborde una reforma urgente sobre la materia. La regulación de la gestación por sustitución no puede descansar <<sine die>> sobre los criterios jurisprudenciales y administrativos sentados hasta la fecha.

**Summary:** Current issues raised around the gestation by substitution concerns, basically, two fundamental issues: the recognition filiation and the Spanish Civil registration in favor of the intentional parents, and the derivation of Social Security benefits in such cases. The criteria maintained regarding administrative and judicial seat and, within the latter, between the civil courts and the social courts , are far from uniform, generating a situation of great legal uncertainty. The fact that the Supreme Court is defending the entitlement to benefits of maternity and paternity in these cases (both in relation to the workforce, as with the statutory

and autonomous) has led to the Social Security Administration has endorsed this approach and recognize the gestation substitution as a protected situation for the purpose of maternity benefits being obliged also to approve the standards of interpretation relevant in order to adapt the legislation to benefits of Social Security caused by children fruit of these practices in the country overseas. This jurisprudential doctrine, however, is giving rise to discriminatory situations between people who have access to these practices in countries where they are legal and that can benefit from the Spanish Social Security benefits, and those of others you carry them out in our country and that prevents access to them. All this justifies the need to address that urgent reform on the matter. The regulation of pregnancy by substitution cannot rest indefinitely on the jurisprudential and administrative criteria defended to date

**PALABRAS CLAVE:** maternidad subrogada, globalización, prestación de maternidad, interés superior del menor

**KEY WORDS:** surrogate motherhood, globalization, maternity benefit, superior interest of the child

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La regulación de la gestación por sustitución en la LTRHA. Puntos críticos. III. La inscripción registral de filiaciones determinadas en el extranjero derivadas de contratos de gestación por sustitución. Criterios administrativos y judiciales. 1. La posición de la Dirección General de Registros del Notariado. 2. La posición de la Sala Primera del Tribunal Supremo. IV. Los supuestos de gestación por sustitución, ¿pueden dar lugar al disfrute de permisos y prestaciones de maternidad?. 1. La posición de los Tribunales del orden social. 2. Criterios interpretativos de la Administración de la Seguridad Social aplicables al subsidio por maternidad causado por hijos nacidos de gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero. V. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Los importantes avances científicos experimentados en los últimos años han dado lugar al desarrollo de nuevas técnicas de reproducción asistida que han permitido dar solución a problemas de infertilidad de numerosas personas aquejadas por este problema haciendo realidad el deseo de formar una familia por parte de quienes carecen de pareja, o de parejas con problemas para tener hijos o integradas por personas del mismo sexo.

Con el fin de acomodar la legislación vigente a todos los avances acaecidos en este terreno y de corregir las deficiencias detectadas hasta el momento tuvo lugar la aprobación en España de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA) que reemplazó a dos Leyes anteriores: la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, y la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modificaba la de 1988. En esta Ley se recogen las distintas técnicas de reproducción humana asistida que pueden practicarse, cuya elección se ha hecho en atención al estado actual de la ciencia y la práctica clínica pero permitiéndose también la ampliación de las técnicas previstas a otras nuevas cuando reúnan las condiciones de acreditación científica y clínica

precisas<sup>1</sup>. No cabe la menor duda, pues, de la gran virtualidad práctica que cabe atribuir a esta ley permitiendo que a través de las técnicas que contempla se dé solución a parejas o personas que, por diversas razones, no pueden ser padres. Ahora bien, en dicha norma se declara nulo el contrato de gestación por sustitución, entendiendo por tal “aquel contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero” (artículo 10.1 LTRHA)<sup>2</sup>. La razón de la prohibición de esta suerte de pactos puede deberse a causas muy diversas pues confluyen en este tema cuestiones de muy distinta naturaleza debiendo tener en cuenta tanto consideraciones de índole jurídica, como de carácter ético, religioso, económico, social, biológico, etc.

En este orden de ideas, cabe señalar que el Parlamento Europeo ha condenado expresamente este tipo de prácticas. Concretamente, la resolución de 17 de diciembre de 2015 sobre los Derechos del hombre y la democracia sobre las políticas de la UE en esta materia, en el Capítulo dedicado a los derechos de las mujeres y los niños, señala que el Parlamento Europeo “condena la práctica de la subrogación que socava la dignidad humana de la mujer dado que su cuerpo y sus funciones reproductivas son usadas como un “commodity”; considera que las prácticas de la subrogación gestacional que involucra la explotación reproductiva y el uso del cuerpo humano para ganancias financieras o de otro orden, en particular, en el caso de las mujeres más vulnerables en los países en desarrollo, debe ser prohibida y tratada como un asunto de urgencia en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos” (parágrafo 115). El rechazo del Parlamento Europeo a estas prácticas se fundamenta en la vulneración que suponen a la dignidad de la mujer permitiendo la mercantilización de su cuerpo y de la función reproductiva, sobre todo, teniendo en cuenta la especial incidencia que este tipo de prácticas puede tener en las mujeres más vulnerables de países en desarrollo. A fin de poner punto final al tráfico de mujeres y niños el Parlamento Europeo hace un llamamiento a los países en los que estos negocios están permitidos a fin de que procedan a su abolición.

En la misma línea de opinión se encuentra el Comité de Bioética de España, órgano independiente (adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad) y de carácter consultivo sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud, que en su Informe sobre “los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada” (de 16 de mayo de 2017) propone promover la prohibición de la maternidad subrogada a nivel internacional por considerar que estas

---

<sup>1</sup> En efecto, en el Anexo de la norma se relacionan las técnicas de reproducción asistida permitidas actualmente, consistiendo éstas en la inseminación artificial; fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones; y transferencia intratubárica de gametos. Ahora bien, como se acaba de apuntar en el texto, esta relación de técnicas no constituye un <<numerus clausus>> permitiendo la Ley la práctica de nuevas técnicas cuando sean autorizadas por la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (artículo 2.(2) y (3) LTRHA).

<sup>2</sup> Al sujeto/s contratante/s o tercero/s a favor de los que la mujer gestante renuncia a su filiación materna se le/s denomina sujeto/s comitente/s, padre/s intencional/es o subrogante/s.

prácticas resultan contrarias a la dignidad de la mujer, y constituyen en muchos casos fuente de explotación de las mujeres gestantes<sup>3</sup>.

La respuesta jurídica que se ha dado a la maternidad subrogada en los distintos Estados dista de ser homogénea.

Existen países que, como España, prohíben tal tipo de negocios jurídicos (así ocurre con la mayor parte de los países de la UE como, por ejemplo, Italia, Alemania, Austria, Hungría o Islandia), pero también hay otros que lo permiten abiertamente (es el caso, entre otros, de varios Estados de EEUU, Rusia o India), o que lo admiten pero ligado a ciertas condiciones que generalmente tienen que ver con el carácter altruista del contrato y/o con la causa de su celebración, admitiéndose generalmente aquellos relacionados con problemas médicos que impiden la gestación (sin ánimo de exhaustividad, es el caso, por ejemplo, del Reino Unido, Bélgica, Holanda, Dinamarca o Grecia)<sup>4</sup>. Este dispar tratamiento jurídico de la gestación por sustitución a nivel internacional está dando lugar a que muchas parejas del mismo o distinto sexo, o personas individuales, de países donde la gestación por sustitución está prohibida, particularmente y por lo que aquí interesa, España, se trasladen a otros países donde tales prácticas sí están permitidas a fin de alcanzar su deseo de ser padres y conseguir que la filiación se determine a su favor.

Por lo que respecta a España esta cuestión está siendo fuente de gran controversia, sobre todo, a la hora de dilucidar si cabe otorgar eficacia jurídica en nuestro país a la filiación obtenida de conformidad con las leyes de terceros Estados que sí permiten esta suerte de negocios jurídicos y determinan la filiación a favor del sujeto (s) comitente (s), previa renuncia de la madre gestante de todos sus derechos ligados a tal condición; y en lo concerniente a determinar si tales situaciones pueden dar lugar al descanso por maternidad y a las prestaciones correspondientes en el ámbito de la Seguridad Social.

Las respuestas que se han dado a estas cuestiones no han sido ni mucho menos pacíficas, abriéndose un gran debate en torno a ello, tanto en sede doctrinal como en sede jurisprudencial, y defendiéndose posiciones encontradas, ora en el plano administrativo, ora en el judicial, y dentro de este, con planteamientos también distintos desde la vertiente civil y la laboral.

Concerniente a este último ámbito, la Sala de lo Social del TS ha unificado la doctrina en orden a reconocer prestaciones de maternidad en supuestos de gestación por sustitución llevados a cabo en países donde esta suerte de prácticas sí está permitida. Sin embargo, pese a la unificación de doctrina operada, esta solución no puede verse ni mucho menos como definitiva siendo necesaria una intervención legislativa que

---

<sup>3</sup> Dicho Informe puede consultarse en la dirección [https://www.assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_juridicos\\_juridicos](https://www.assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_juridicos_juridicos).

<sup>4</sup> Sobre la situación legal de la maternidad subrogada en el plano internacional puede consultarse a VILAR GONZÁLEZ, S.: "Situación actual de la gestación por sustitución", Revista de Derecho UNED, nº 14, 2014, págs. 903 y 904.

clarifique definitivamente esta materia y dé seguridad jurídica. Más aun si se tiene en cuenta el distinto tratamiento jurídico a que está dando lugar esta jurisprudencia en relación con la maternidad subrogada en función de que esta suerte de contratos se celebren en territorio español o en otros países cuya legislación sí permite la gestación por sustitución.

En las páginas que siguen se analizan los problemas más significativos que plantea la regulación actual en España de la maternidad subrogada, centrando la atención principalmente en el ámbito de la Seguridad Social. En este contexto, el debate jurídico planteado gira, como se ha señalado, en torno a si la maternidad subrogada puede dar lugar a que los padres comitentes sean beneficiarios de prestaciones públicas por maternidad. Sin embargo, dada la íntima conexión que presenta esta cuestión con otras tantas que se suscitan en el plano civil, en esencia, la aceptación o no de la determinación de la filiación a favor de los comitentes, o la inscripción de tal filiación en el Registro Civil español, también se hará una breve mención a la situación actual en relación con este otro asunto<sup>5</sup>.

Pero más allá de poner de manifiesto toda la problemática suscitada en torno a la gestación por sustitución, el dispar tratamiento jurídico y la gran inseguridad jurídica que tal situación está generando, lo que se pretende también en estas líneas es hacer una llamada de atención acerca de lo insatisfactoria que resulta la actual regulación sobre esta figura en España que, en puridad, ni deja a salvo aquellos derechos que teóricamente tratan de protegerse a través de la prohibición de esta suerte de negocios jurídicos (en esencia, la dignidad de las mujeres que se someten a estas prácticas), y que sacrifica, empero, otros bienes jurídicos que también debieran ser atendidos, particularmente, los intereses de los menores nacidos de madres subrogadas que pueden verse privados de todos los derechos ligados a la filiación (derechos de identidad, hereditarios...).

Estas circunstancias ponen de manifiesto la necesidad de emprender una reforma urgente sobre esta materia que sea capaz de conciliar todos los derechos e intereses en conflicto, en esencia, la dignidad de la madre gestante; los intereses de los menores que nacen fruto de estas prácticas y que pueden verse discriminados por razón de su nacimiento; y el deseo de ser padres en relación con los sujetos comitentes.

## **II. LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA LTRHA. PUNTOS CRÍTICOS**

---

<sup>5</sup> Buena muestra de ello es que, como se verá más adelante, para el reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad en el supuesto de nacimiento de un hijo por gestación por sustitución en un país extranjero con arreglo a la legalidad de dicho país, la Seguridad Social española exige como requisito necesario que se haya acreditado la previa inscripción de la filiación del hijo en el Registro civil español. Por consiguiente, esta cuestión no resulta baladí para el asunto que nos ocupa.

Como se ha apuntado la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), contiene previsiones expresas acerca del contrato de gestación por sustitución. En este sentido, el artículo 10 de esta norma señala lo siguiente: 1. “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”<sup>6</sup>. La norma se ocupa, pues, de dos cuestiones fundamentales. Por un lado, declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución<sup>7</sup>, definiendo matizadamente el mismo como aquél por el cual se encarga a una mujer la gestación de un futuro hijo de cuya filiación renunciará a favor del otro contratante o de un tercero, y todo ello, independientemente de que la mujer gestante reciba o no contraprestación económica alguna a cambio del cumplimiento de tales promesas. Las partes que conforman la relación contractual de la gestación por sustitución son dos: de un lado, el sujeto comitente que puede ser una sola persona (varón o mujer) o una pareja (heterosexual u homosexual), y de otro lado, la mujer gestante, admitiéndose tanto que los comitentes aporten su material genético como que lo haga la madre sustituta o incluso un tercero (donante de óvulos o espermatozoides)<sup>8</sup>.

La prohibición legal abarca tanto el contrato oneroso como el gratuito, de lo que se infiere que lo de menos en estos casos es que se reciba a cambio un beneficio económico por parte de la mujer gestante. Lo que realmente provoca rechazo jurídico

---

<sup>6</sup> Respecto a lo previsto en el artículo 10 LTRHA cabe señalar que La Ley anterior de 1988 (Ley 35/1988, de 22 de noviembre) ya contemplaba un precepto con idéntica redacción (a excepción de lo previsto en el párrafo tercero), señalando la doctrina civilista que fueron varios los motivos que justificaron el mantenimiento de dicha regulación en la nueva LTRHA aprobada en 2006, a saber, el hecho de que esta técnica se considere contraria al orden público internacional español así como al principio de indisponibilidad del estado civil de la persona (ya que a su través se pretende un cambio de la relación jurídica paterno-filial al alterar el sujeto jurídico de progenitor y de hijo), y al hecho de que en el ordenamiento español la filiación queda determinada por el parto por lo que no habrá posibilidad de alteración de la filiación en atención al uso de estas técnicas de reproducción asistida. GARCÍA ALGUACIL, M.J., “¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?”. Aranzadi, nº 5/2016, página 7.

<sup>7</sup> Varios son los juristas que defienden que “aunque no existiera norma prohibitiva en nuestro ordenamiento jurídico, el contrato sería nulo, por ilicitud de su causa y por razón de su objeto”. Además, contraviene la más elemental regla de orden público: el respeto a la dignidad y el valor de la persona humana. En estos términos se expresa FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”. Revista Aranzadi Doctrinal, nº 6, 2011, pág. 2.

<sup>8</sup> Como apunta la doctrina civilista “las modalidades de configuración de esta relación contractual son tan diferentes como las denominaciones que tiene esta práctica (...): 1.- Pareja contratante (o comitentes), que aporta todo el material genético, es decir, el óvulo y el espermatozoide, y la mujer gestante que acoge el embrión en su útero como mera portadora. “.- Mujer gestante que aporta material genético, pudiendo ser el óvulo inseminado con el esperma del sujeto individual o de uno de los comitentes, o incluso de un tercero. Por lo tanto, en este supuesto habrá una madre gestante que será al mismo tiempo madre genética y unos comitentes que podrán o no aportar material genético. 3.- Por último, puede ocurrir que el material genético sea aportado por terceros extraños a los sujetos comitentes o madre gestante. No es, precisamente, la práctica más generalizada. En este caso hay una madre gestante, unos padres genéticos y los sujetos comitentes que desean ser los padres legales”. GARCÍA ALGUACIL, M.J.: “¿Injerencia justificada del Estado ...”, op. cit., pág. 8.

no es este dato sino el hecho mismo de que se puedan llevar a cabo esta suerte de negocios jurídicos. Así pues, de celebrarse este contrato, no cabría otorgarle efecto jurídico alguno al estar viciado de nulidad <<ab radice>><sup>9</sup>.

Ahora bien, ante la realidad de que, pese a estar prohibidos, estos contratos se celebren y que puedan por tanto nacer hijos fruto de la gestación por sustitución, la norma se ocupa también de dar solución a la filiación de los hijos nacidos de maternidad subrogada, tratando de evitar así que los mismos queden en una especie de “limbo jurídico”. En este sentido, la norma determina a quién corresponde la filiación materna y paterna, considerando que aquella viene establecida por el parto y reconociendo, respecto al padre biológico, el derecho que le asiste de reclamar la paternidad mediante la interposición de la acción judicial correspondiente de conformidad con las reglas generales<sup>10</sup>.

La solución que proporciona la LTRHA en cuanto a la filiación en supuestos de maternidad subrogada resulta coherente con la regulación general prevista en el Código Civil en relación con esta materia en el que el concepto jurídico de madre se vincula al parto de la mujer, subsiguiente al embarazo y gestación (siguiendo el aforismo latino “mater semper certa est”), independientemente de que la concepción haya sido natural o de que se haya obtenido a través de técnicas de reproducción asistida<sup>11</sup>. En correspondencia con ello, en los supuestos de gestación por sustitución “madre” será, no la comitente, sino la que ha dado a luz. Por lo que atañe a la filiación paterna, la legislación prevé que ésta puede determinarse por vía judicial mediante sentencia que la establezca legalmente<sup>12</sup>.

Lo que impide esta regulación es que a través de un contrato de gestación por sustitución puedan alterarse las reglas civiles y reconocer el status jurídico de madre a

---

<sup>9</sup> En opinión de algún autor, la amplia redacción que presenta la LTRHA, que en su art. 26.c.2 califica como infracción muy grave “la práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2”, permite entender que en dicha prohibición queda comprendida la utilización en España de vientres de alquiler, debiendo asumir el autor de dichas prácticas la responsabilidad administrativa que corresponda (y que se traduce en multas de contenido económico), al margen de las posibles responsabilidades penales que pudieran generarse. En este sentido, SELMA PENALVA, A.: “Nuevas posiciones en torno a la maternidad subrogada”. Nueva Revista Española Derecho del Trabajo, Aranzadi, nº 172, 2015, pág. 296. En cualquier caso, no parece que la imposición de sanciones sea la mejor solución en orden a atajar este tipo de pactos porque ante un asunto como este, siempre habrá quienes estén dispuestos, y puedan, asumir las hipotéticas multas pecuniarias que se prevean legalmente (en detrimento, además, de quienes, estando también dispuestos a ello, carezcan de recursos económicos suficientes).

<sup>10</sup> A tales efectos hay que tener presente lo dispuesto en los artículos 764 y siguientes de la Ley Enjuiciamiento Civil (LEC). Con arreglo a tales preceptos se permite al hijo el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad, así como al padre biológico la de reclamación de la filiación (paterna).

<sup>11</sup> En este sentido señala la doctrina civil que “la fijación de la maternidad en el dato del nacimiento significa que no se toma en cuenta, a estos efectos, la procedencia de las células (óvulos-esperma) que facilitarán la concepción ya que lo relevante es la gestación y el parto. De ahí que en los casos de maternidad subrogada, jurídicamente madre es quien da a luz, luego la gestante, y no la que aportó los óvulos”. GETE-ALONSO y CALERA, M.C. y SOLÉ RESINA, J. *Filiación y potestad parental*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 23.

<sup>12</sup> Vid. artículos 113 y ss CCiv.

persona distinta de la gestante. No obstante, cabría plantearse si esta solución resulta la más adecuada desde el punto de vista del interés del menor ya que lo que supone, en última instancia, es otorgar los derechos derivados de la filiación a quien no desea ser madre, existiendo otra persona que sí está plenamente dispuesta a ello.

Por otra parte, dado que el tenor literal del art. 10 LTRHA alude expresamente a la “filiación”, surge la duda en cuanto a si dicho precepto resultaría aplicable también cuando a lo que renuncia la madre no es a la filiación propiamente dicha sino al ejercicio de la patria potestad (a favor de los sujetos comitentes). Aunque en este supuesto no tiene lugar en puridad la “sustitución” de la madre (pues la madre “gestante” será también la madre “legal”), el solo hecho de que se encargue a una mujer la gestación de un hijo renunciando la misma a los derechos y deberes que conlleva la patria potestad debería bastar para declarar la nulidad de dicho contrato<sup>13</sup>. Ello, atendiendo a los derechos y bienes jurídicos que se tratan de garantizar con la prohibición de esta suerte de negocios jurídicos.

Como se ha dicho, tras la prohibición de este tipo de prácticas se encuentra el designio del legislador de salvaguardar la dignidad de las mujeres evitando que su cuerpo, la función reproductora propia de las mismas, y los menores, puedan ser objeto de tráfico jurídico. Singularmente, cuando se trata de mujeres de países pobres que, ante su precaria situación económica y su especial situación de vulnerabilidad, suelen resultar más proclives a abusos y engaños ante (muchas veces, falsas) promesas de obtener pingües beneficios a cambio de asumir un proceso de gestación.

Desde este punto de vista, la voluntad legislativa parece irreproachable. Cuestión distinta es que con la regulación actual se consiga el propósito deseado. Y es que resulta un tanto paradójico que la Ley declare nulo el contrato de gestación por sustitución, impidiendo que la filiación se otorgue a favor de los sujetos comitentes, y que, al mismo tiempo se permita a estos obtener a su favor (no está previsto en ninguna norma su prohibición) la filiación de los hijos nacidos de estas prácticas prohibidas por el ordenamiento jurídico mediante el recurso a la adopción o al acogimiento familiar. ¿Acaso el hecho de que se haga uso de los institutos jurídicos del acogimiento familiar o de la adopción restituye el derecho a la dignidad de la mujer gestante que ha accedido a esta suerte de prácticas?. No lo parece. Nos encontramos ante una regulación hipócrita que condena a los sujetos comitentes a tener que soportar un largo peregrinaje a fin de obtener la filiación por la vía del acogimiento familiar o de la adopción, con los inconvenientes que este retraso en la determinación

---

<sup>13</sup> Concerniente a esta cuestión se ha señalado que en el ordenamiento jurídico español no es posible la renuncia voluntaria a todos los derechos jurídicos derivados de la filiación; “por un lado, porque la renuncia a los derechos inherentes a la maternidad se hace en una modalidad contractual declarada nula de pleno derecho por nuestra legislación (art. 10 LTRHA); y por otro, porque en nuestro ordenamiento jurídico no es posible renunciar voluntariamente a la patria potestad”. Este razonamiento lleva a la conclusión de que la referencia que se hace en el art. 10 LTRHA a la filiación debe entenderse en sentido amplio, incluyendo la patria potestad, y no sólo (...) a la filiación”. Sobre estos argumentos, puede consultarse a HERRANZ HERGUEDAS, M.: “Derecho del padre a la prestación de maternidad: gestación por sustitución. STSJ Madrid 23 diciembre 2014 (AS 2015, 406)”. Revista Española de Derecho del trabajo, nº 178/2015, Aranzadi, pág. 3.



de la filiación puedan suponer respecto a los padres, y particularmente, para el propio hijo<sup>14</sup>.

Y una reflexión similar cabría apuntar en relación con la posibilidad legal (prevista en el párrafo tercero del artículo 10 LTRHA) en cuanto a que el padre biológico reclame su paternidad. Si lo que se esconde tras la prohibición de estos contratos es el respeto a la dignidad de la mujer impidiendo que su cuerpo y la función reproductiva sean utilizados como mercancías, y la evitación en suma de que se comercie con seres humanos, con esta solución legal ninguno de estos derechos permanecen intactos. Tarde o temprano el padre biológico que ha recurrido a un vientre de alquiler podrá ver reconocido su derecho. Y una vez satisfecho su deseo de ser padre mediante el recurso a esta técnica, y reconocidos todos sus derechos como tal, tanto la protección de la dignidad de la mujer gestante como la prohibición de la mercantilización de los seres humanos habrán quedado en saco roto.

Con ello no se quiere decir que la solución deba ser vetar a los sujetos comitentes la posibilidad de adoptar o acoger al hijo así nacido, ni mucho menos impedir al padre biológico reclamar su paternidad cuando haya recurrido a una gestación por sustitución. Lo que se pretende poner de manifiesto es lo perversa que resulta la solución en estos casos, porque si se prohíbe a los padres intencionales el recurso a la adopción o al acogimiento, o al padre biológico que ha actuado como sujeto comitente reclamar su paternidad, se estará actuando en perjuicio del menor. En tanto que si se permiten estas opciones, es la dignidad de la mujer gestante la que resulta malparada.

### **III. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LAS FILIACIONES DETERMINADAS EN EL EXTRANJERO DERIVADAS DE CONTRATOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. CRITERIOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES**

#### **1. LA POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS DEL NOTARIADO**

---

<sup>14</sup> Como señala la doctrina el artículo 10 LTRHA “no impide, en ningún caso, que los comitentes de un contrato de gestación por sustitución puedan formalizar posteriormente la maternidad y/o paternidad a través de los cauces legalmente permitidos para ello en nuestro país (adopción o acogimiento) pero deja claro que, en nuestro país, la filiación inicial corresponde a la madre biológica”. CERVILLA GARZÓN, M.J.: “El avance hacia el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad y otros derechos sociales en los supuestos de gestación por sustitución”. Revista Española de Derecho del trabajo, nº 188/2016, Aranzadi, pág. 2. Esta solución que brinda el propio ordenamiento jurídico permitiendo a los sujetos comitentes recurrir a la adopción o al acogimiento familiar en supuestos de gestación por sustitución, también ha sido aducida en ocasiones por la jurisprudencia, singularmente, en aquellos casos en que ha existido una relación familiar “de facto” (entre los padres intencionales y el menor). En tales casos, la posibilidad de que los sujetos comitentes puedan adoptar o acoger al menor garantiza la salvaguarda del interés superior de este último.

Pese a que la LTRHA no permite la celebración de contratos de gestación por sustitución, existen casos en que ha sido posible obtener la inscripción en el Registro civil español de hijos nacidos mediante dicha técnica en países cuya legislación sí lo permite. En este sentido, hay que tener en cuenta los criterios establecidos, primero, por la Resolución de la Dirección General de Registros del Notariado (DGRN) de 18 de febrero de 2009, y más tarde, por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Con arreglo a la primera, la DGRN estimó pertinente la inscripción en el Registro civil español de una filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución, tratándose de un progenitor de nacionalidad española casado con otro varón y contando ya con una certificación registral extranjera que determinaba tal filiación<sup>15</sup>. Razona la DGRN que, de conformidad con lo que prevén los artículos 81 y 85 del Registro civil<sup>16</sup>, el control de legalidad de las certificaciones extranjeras debe limitarse a comprobar que se trata de un documento público autorizado por una autoridad extranjera competente con funciones análogas a la que resulte equivalente en España, sin que deba extenderse, por tanto, al examen sobre si la solución jurídica que se da es la misma que se habría alcanzado por parte de una autoridad registral española aplicando nuestro Derecho. En suma, el encargado del Registro civil no debe dictaminar la filiación jurídica conforme a lo que establece nuestra normativa, limitándose su intervención a registrar una ya determinada conforme a la legislación extranjera. Por lo demás, la DGRN considera que la inscripción de esta suerte de filiaciones cuando el contrato de gestación por sustitución se haya realizado por dos varones, no supone vulneración alguna del orden público español, dado que si se admite que los hijos adoptados pueden tener dos padres varones, y la Ley no distingue entre hijos adoptados y naturales, los hijos naturales han de poder tener también dos padres varones<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> En efecto, a través de dicha Resolución se accedió a la inscripción en el registro civil español como hijos suyos de dos mellizos nacidos en California como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución celebrado en San Diego por un matrimonio homosexual integrado por dos varones de nacionalidad española, tras la negativa recibida por parte del encargado del Registro civil consular en Los Angeles.

<sup>16</sup> A tenor del primero de estos preceptos se dispone que *“El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales”*. Por su parte, el artículo 85 señala que *“Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española”*.

<sup>17</sup> Como se analizará más adelante, la Resolución de la DGRN fue impugnada judicialmente dando lugar, como punto final a un largo <<iter>> procedimental, a la sentencia del TS (Sala de lo Civil), de 6 de febrero de 2013 (RJ 833) en la que el Alto Tribunal se manifiesta contrario a los criterios contenidos en dicha Resolución por la DGRN.

En la misma línea, el 5 de octubre de 2010 la DGRN dictó la Instrucción “sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” con la finalidad de dotar de protección jurídica el interés del menor y de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución (en particular, la protección de las mujeres gestantes que renuncian a sus derechos como madres). En concreto, la Instrucción establece como requisito previo a la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el encargado del Registro civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente. A través de la aportación de la resolución judicial se pretende controlar, principalmente, la capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, que el consentimiento no adolezca de error, engaño, violencia o coacción, y verificar, asimismo, que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores<sup>18</sup>. Así pues, si el encargado del Registro civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución al ser necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia de conformidad con lo que señala el artículo 955 LEC (salvo que fuera aplicable un convenio internacional). En cambio, si la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, como requisito previo a la inscripción únicamente deberá controlar si la resolución puede ser reconocida en España<sup>19</sup>. En aquellos casos en que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin presentar resolución alguna que determine la filiación, el encargado del Registro civil procederá a denegar la inscripción. Aunque “ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida y artículos 764 y siguientes de la LEC”<sup>20</sup>. Como señala la Instrucción de 2010 no se admite como título

---

<sup>18</sup> Como señala la propia Instrucción, “el requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial firme tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución”.

<sup>19</sup> Tal como aclara la propia Instrucción, en dicho control el encargado del Registro civil deberá constatar los siguientes extremos:

- a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos presentados
- b) Que el tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los previstos en la legislación española
- c) Que se han garantizado los derechos procesales de las partes, particularmente de la madre gestante
- d) Que no se ha vulnerado el interés superior del menor y los derechos de la madre gestante
- e) Que la resolución judicial sea firme y que los consentimientos prestados sean irrevocables o, de ser revocables, que hubiera transcurrido el plazo previsto para ello.

<sup>20</sup> MORENO SÁNCHEZ-MORALED A.: “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español”, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 9/2014, pág. 7. Recuérdese que a tenor del artículo 10.3 LTRHA cabe reclamar la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales, a saber, mediante la interposición de las acciones

apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Como se ha dicho, la Instrucción de la DGRN prevé que cuando la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro civil deberá controlar, entre otros extremos, que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor. Así pues, en caso de conflicto de intereses, deberá prevalecer siempre el interés superior del menor.

En suma, el cometido de dicha Instrucción no es otro que el de fijar los requisitos y condiciones necesarios para que una resolución judicial extranjera que establece una determinada filiación que tiene su origen en un supuesto de gestación por sustitución pueda surtir plenos efectos en España e inscribirse en el Registro civil. De este modo, cumplidos ciertos requisitos y condiciones, se admite la inscripción en el Registro civil español de filiaciones que hayan tenido su origen en casos de gestación por sustitución.

Esta es la opción por la que parece decantarse también la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil (en adelante, LRC), cuya entrada en vigor estaba prevista para el 30 de junio de 2017, y que no hace sino confirmar los criterios de la DGRN<sup>21</sup>. En efecto, la LRC permite el acceso al Registro civil español tanto de resoluciones judiciales extranjeras (art. 96) como de certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros (art. 98), siempre y cuando se verifiquen determinadas condiciones y requisitos<sup>22</sup>.

---

para la determinación de la paternidad previstas en los artículos 764 y ss. LEC que permiten, ya al hijo presentar una acción de reclamación de la paternidad, ya al padre biológico reclamar la filiación.

<sup>21</sup> La entrada en vigor de la Ley 21/2011, de 21 de julio, prevista inicialmente para el 21 de julio de 2014 quedó prorrogada en un primer momento al 15 de julio de 2015 (Disposición adicional decimonovena del Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia), y más tarde, al 30 de junio de 2017 (Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil).

<sup>22</sup> A tenor del artículo 96 LRC “Sólo procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza. Tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria, éstas deberán ser definitivas (...) La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar: 1.º Previa superación del trámite del exequátur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881(...). 2.º Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique: a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) *Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.* d) *Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.*

Por su parte, el art. 98 de esta misma norma jurídica establece la validez de las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros como títulos para la inscripción en el Registro Civil español, siempre que se verifiquen los siguientes requisitos: “a) *Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.* b) *Que el Registro extranjero de*

Por consiguiente, se admiten estas inscripciones y se amplían, además, los supuestos de filiación “inscribibles” permitiendo el acceso al Registro civil de filiaciones que hayan sido acreditadas en los Registros civiles de los Estados donde se hubieran producido los nacimientos independientemente de que en dichos Estados se exija como premisa previa la intervención de la autoridad judicial<sup>23</sup>.

Pues bien si, como se acaba de ver, la LRC permite en determinadas condiciones el acceso al Registro civil español de certificaciones registrales extranjeras en supuestos de filiación derivada de la celebración de contratos de gestación por sustitución en Estados cuya legislación lo permite (lo cual es tanto como reconocer tales filiaciones jurídicas), no parece coherente mantener vigente la prohibición prevista en el artículo 10 LTRHA, ni los efectos jurídicos que dicho precepto recoge. Nos encontramos ante dos regulaciones que se contradicen entre sí, ya que, por un lado, se prohíbe la celebración de contratos de gestación por sustitución (art. 10.1 LTRHA), pero, por otro lado, se permiten inscripciones en el Registro civil español de certificaciones de filiación extranjeras que tienen su origen en esta suerte de negocios jurídicos cuando cumplen ciertas condiciones.

No puede perderse de vista que con la regulación actual pueden producirse en la práctica situaciones discriminatorias entre quienes carecen de medios económicos para desplazarse al extranjero con el fin de ver cumplido su deseo de ser padres mediante el recurso a este tipo de prácticas, y quienes cuentan con los medios económicos necesarios para ello<sup>24</sup>.

---

*procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española. c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado. d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español”.*

<sup>23</sup> Como pone de manifiesto algún autor, la Instrucción de la DGRN de 2010 tuvo la virtualidad de crear un procedimiento <<ad hoc>> de reconocimiento “únicamente de resoluciones judiciales que además no tenían que obtener obligatoriamente en todos los casos el exequátur, sino que si no provenían de un contencioso, se podía optar por un reconocimiento incidental ante el Encargado del Registro civil, cuyas condiciones podrían superar aquellas personas o parejas que habían tenido la suerte de dirigirse a un país que exigía la intervención de una autoridad judicial para homologar el contrato de gestación”. Así pues, aun cuando a su través se dio solución a muchos de estos problemas de reconocimiento de filiaciones de hijos nacidos de maternidad subrogada, lo hizo sólo de forma parcial, introduciendo una cierta discriminación al dejar fuera todos aquellos supuestos en los que los padres comitentes se habían dirigido a un Estado en el que no se exigía la intervención de autoridad judicial alguna, ya que en estos casos lo que procedía era denegar sin más la inscripción registral. La LRC puso fin a esta situación. En tal sentido se expresa DURÁN AYAGO, A.: “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”. Anuario de Derecho Internacional Privado, tomo XII, 2012, págs. 307 y 308.

<sup>24</sup> En este sentido ya señalaba algún autor, en relación con la Instrucción de la DGRN de 2010, que de su contenido se desprendía que, “a efectos de inscripción en el Registro Civil español, el artículo 10 de la Ley de Técnicas de reproducción Humana Asistida rige cuando se trata de gestación desarrollada y parto producido en España, pero no cuando ha ocurrido fuera de España en país que admita dicha gestación por sustitución o, más vulgarmente, la contratación de <<vientre de alquiler>>”. SALAS CARCELLER, A., “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, Revista Aranzadi Doctrinal,

Si acaso, una forma de salvar esta contradicción normativa sería interpretar que, cuando la LRC prevé como condición para autorizar la inscripción de esta suerte de certificaciones registrales o de sentencias que “no resulten manifiestamente incompatibles con el orden público español”, se está refiriendo a que se respete lo dispuesto en las normas internas y, en particular, al cumplimiento de lo dispuesto en el art. 10 LTRHA<sup>25</sup>. En efecto, tanto el art. 96 (para las resoluciones judiciales) como el art. 98 (para la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros) de la LRC exigen para su inscripción que no resulten incompatibles con el orden público español, pudiendo interpretarse que aquellas inscripciones referidas a una filiación que tiene su origen en un contrato prohibido en el ordenamiento español cual es el contrato de gestación por sustitución sí contradicen el orden público español; o dicho de otro modo, que el artículo 10 LTRHA es una norma de orden público. Piénsese que con dicha prohibición lo que se persigue es evitar que las mujeres y los menores puedan ser objeto de tráfico jurídico soslayando, a la par, situaciones de explotación por parte de los países ricos hacia los países pobres<sup>26</sup>. De seguir esta interpretación se impediría el acceso al Registro civil español de aquellas filiaciones que tuvieran su origen en esta suerte de prácticas.

Sin embargo, una interpretación de esta naturaleza tampoco resulta plenamente convincente, pues no parece de recibo dejar de reconocer en España filiaciones que sí han sido reconocidas en otros países en detrimento, en última instancia, de los intereses del menor. Como señala algún autor, una filiación que “es válida en el extranjero, sería totalmente injusto que no produjera determinados efectos jurídicos en España, tanto para el hijo como para el padre o padres españoles. Por dos motivos

---

nº 10/2011, pág. 1. La misma opinión comparte SELMA PENALVA, A., “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, Revista doctrinal Aranzadi Social, nº 9/2013, pág. 5.

<sup>25</sup> Así se ha interpretado en ocasiones en sede judicial. Véase, si no, el Auto dictado por la Audiencia Provincial de Madrid nº 1341/2012, de 3 de diciembre, que no concedió el reconocimiento de una sentencia dictada por el Tribunal del Distrito del Condado del Boulder en el Estado de Colorado (de fecha 5 de noviembre de 2009), en la que se declaraba al recurrente, de nacionalidad española, padre de dos hijas nacidas a través de gestación por sustitución. El argumento que esgrimió el Alto Tribunal para la denegación fue precisamente el contenido del art. 10 LTRHA.

<sup>26</sup> Considerando que el contrato de gestación por sustitución sí contraviene el orden público así como el respeto a la dignidad y valor de la persona humana consagrado en el art. 10 Constitución, puede citarse a FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S.: “Eficacia jurídico-registral...”, op. cit., pág. 7. En sentido contrario, empero, señala algún autor que “el art. 10 Ley Técnicas de Reproducción Asistida es una norma imperativa, pero no de orden público”. CAMARERO GONZÁLEZ, G.J.: “Notas sobre la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”. Diario La Ley, nº 7910, Sección Tribuna, 2012, pág. 5. En similares términos se apunta que el convenio gestacional no es per se contrario a la dignidad de la mujer gestante ni a la del hijo así nacido, por lo que “no vulnera el postulado cardinal del orden público internacional español”. VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional”. Diario La Ley nº 9827, Sección Doctrina, 2017, pág. 9.

principales: primero, por seguridad jurídica internacional y, segundo porque (...) prima el interés del menor sobre el orden económico y moral de la sociedad española (...) admitir en España ciertos efectos de la filiación determinada en el extranjero mediante gestación por sustitución no daña el orden público internacional español”<sup>27</sup>. Ante el conflicto de intereses que este tipo de situaciones comporta debe primar siempre el interés del menor, y no cabe la menor duda de que dicho interés pasa por otorgar eficacia jurídica a las filiaciones obtenidas en terceros países (aun cuando tengan su origen en un contrato de esta naturaleza), reconociendo una identidad y filiación únicas al menor, asumiendo la posesión de estado y otorgando pleno valor a quienes han tenido la voluntad de ser padres (padres intencionales). Sólo de este modo se garantiza el reconocimiento al menor de todos los derechos ligados al status de filiación en cuanto, principalmente, al establecimiento de la relación de parentesco, los apellidos, la asunción de responsabilidades parentales o los derechos en materia sucesoria.

Sea como fuere, lo cierto es que la LRC establece el orden público como límite a la posibilidad de inscribir en el Registro civil español certificaciones registrales de filiación provenientes de otros países. El recurso a un concepto jurídico indeterminado no resuelve definitivamente la cuestión y todo apunta a que se reproducirán de nuevo posiciones encontradas, y se mantendrá abierto el importante debate doctrinal y jurisprudencial entablado en torno a esta materia<sup>28</sup>.

Pero adviértase que, tanto si se interpreta que lo dispuesto en el art. 10 LTRHA constituye un límite al orden público español y que, por tanto, deben ser rechazadas las inscripciones registrales de hijos nacidos de maternidad subrogada en terceros países, como si se entiende que lo previsto en este precepto debe ceder ante el interés superior del menor y cabe, por ende, otorgar plena eficacia jurídica en España a las filiaciones reconocidas en otros países de hijos nacidos de estas prácticas, ninguna de las soluciones resulta plenamente satisfactoria de seguir subsistiendo la prohibición de los contratos de gestación por sustitución en la legislación española. Y ello porque si se rechazan tales inscripciones se perjudican seriamente los intereses del menor, en tanto que si se aceptan aquéllas, se produce <<de facto>> una situación discriminatoria respecto a los supuestos de maternidad subrogada que puedan tener lugar en territorio nacional por parte de ciudadanos españoles fomentando, de este modo, “un elitismo en el acceso a la gestación por sustitución porque sólo podrían acceder a la misma los que tuviesen medios de acudir a los países que la autorizan”<sup>29</sup>. Como se ha subrayado por algún autor “la entrada en vigor de la nueva LRC (...) no impedirá que siga habiendo resoluciones contradictorias y que impere la inseguridad jurídica, porque el art. 10 Ley 14/2006 seguirá existiendo y ese es el principal y de

---

<sup>27</sup> MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A.: “La determinación de la filiación mediante...”, op. cit., pág. 10.

<sup>28</sup> Como reconoce el propio TS el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que debe ser concretado por el propio legislador de manera que, a falta de concreción, se convierte en un concepto controvertido. STS de 6 febrero de 2014 (RJ 833).

<sup>29</sup> En tales términos se expresa SÁNCHEZ-MORALEDA MORENO, A., ibídem, pág. 12.

momento único freno que existe en nuestro ordenamiento para rechazar el acceso al Registro Civil de estas filiaciones”<sup>30</sup>.

Lejos de clarificar definitivamente esta cuestión, la DGRN emitió una Circular el 11 de julio de 2014 autorizando a los Cónsules españoles a seguir aplicando la Instrucción de 5 de octubre de 2010, pues consideraba que la finalidad de dicha Instrucción no era otra que establecer un procedimiento de reconocimiento a seguir para las inscripciones de niños nacidos en el extranjero a través de la gestación por sustitución.

Todo ello pone de manifiesto la necesidad de abordar una reforma urgente en materia de gestación por sustitución que ponga fin a la insatisfacción y a la gran inseguridad jurídica que genera la actual regulación, y que garantice todos los intereses en conflicto<sup>31</sup>.

## **2. LA POSICIÓN DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

La Resolución de la DGRN dictada en 2009 fue impugnada en sede judicial dictándose sentencia, primero por el Juzgado de Primera Instrucción de Valencia de 15 de septiembre de 2010 (AC 1707); segundo por la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (AC 1561) y, finalmente, por el TS (Sala de lo Civil), de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014/833)<sup>32</sup>. En todos estos pronunciamientos se rechazaron los criterios de la Resolución de la DGRN que estimaba que la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de los menores tal como constaba en las certificaciones registrales extranjeras presentadas (California) no vulneraba el orden público internacional español, y protegía el interés superior del menor<sup>33</sup>. Los pronunciamientos judiciales rechazaron tal argumentación aduciendo principalmente la prohibición del contrato de gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español, prohibición que, como señala el TS en la sentencia citada, tiene su razón de ser en la existencia de otros principios y valores que también protege nuestro ordenamiento jurídico y que dan lugar a que no se acepte que los avances en las técnicas de reproducción humana asistida puedan suponer una vulneración “de la

---

<sup>30</sup> DURÁN AYAGO, A.: “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales a la luz...”, op. cit., pág. 308.

<sup>31</sup> Coincidiendo sobre la necesidad de emprender una reforma en este campo cabe citar, entre otros, a SÁNCHEZ-MORALEDA MORENO, A.: “La determinación de la filiación mediante...”, op. cit., pág. 12. VILAR GONZÁLEZ, S.: “Situación actual de la gestación...”, op. cit., pág. 927. DURÁN AYAGO, A.: “El acceso al Registro Civil...”, op. cit., pág. 308. O MERCADER UGUINA, J.: “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2017), Vol. 9, Nº 1, pág. 456.

<sup>32</sup> Un análisis de esta sentencia en ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, Revista de Derecho de la Seguridad Social, nº 8, 2016.

<sup>33</sup> Como se recordará, a través de dicha Resolución se accedió a la inscripción registral de dos hijos mellizos nacidos en California fruto de la celebración de un contrato de gestación por sustitución entre una mujer y un matrimonio español integrado por dos varones.



dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”. Así pues, concluye el TS, “las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional”<sup>34</sup>.

Concerniente al interés superior del menor el Alto Tribunal reconoce que el mismo supone una consideración primordial a la que han de atender los Tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas que atañen a los niños, pero debiendo tener presente también que la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas y no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. Empero, en este pronunciamiento el Alto Tribunal reconoce ser consciente de que la decisión adoptada puede suponer inconvenientes a los menores al estar éstos integrados <<de facto>> en la familia constituida por los sujetos comitentes. Sobre este particular, el TS razona que a fin de mantener tales vínculos el ordenamiento español proporciona diversas soluciones, en esencia, la posibilidad de reclamar la paternidad respecto del padre biológico (solución que recoge el propio artículo 10 LTRHA en su párrafo tercero), o las figuras jurídicas del acogimiento familiar o la adopción, que permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar. En tal sentido, insta al Ministerio Fiscal a que “ejercite las acciones pertinentes para determinar (...) la correcta filiación de los menores, y para su protección, teniendo en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto” (F.D. Quinto, apartado 11).

En suma, la Sala Primera del TS considera que el contrato por el que se acuerda la gestación por sustitución resulta contrario al orden público internacional español oponiéndose, por ello, a la inscripción del nacimiento y filiación que pueda derivar de tal pacto. Ello, sin perjuicio del derecho que asiste a los sujetos comitentes de recurrir a la adopción o al acogimiento familiar (o, en su caso, a reclamar la paternidad biológica) en aras de garantizar los vínculos afectivos generados y proteger el interés superior del menor.

---

<sup>34</sup> En esta misma línea, el Auto dictado por la AP de Madrid, de 3 de diciembre de 2012 (JUR 15881) denegó la inscripción de filiación en el Registro Civil español de dos hijas nacidas en virtud de un contrato de gestación por sustitución celebrado en el Estado de Colorado. En este caso, el demandante solicitaba la ejecución de una sentencia dictada por el Distrito del Condado de Boulder (EEUU) en la que se reconocía su paternidad, así como la inscripción de dicha filiación en el Registro civil español. La AP de Madrid rechazó la solicitud en base a que el contrato de gestación por sustitución es nulo en España. En sentido contrario, empero, el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Pozuelo de Alarcón (Madrid) de 25 de junio de 2013 (AC 281) estimó la solicitud de reconocimiento de maternidad en ausencia de paternidad y se otorgó el exequátur de una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de California Condado de San Diego por la que se declaraba a la actora madre legal y única progenitora de dos hijos.

Finalmente, el Auto del TS de 2 de febrero de 2015 (dictado a raíz del incidente de nulidad presentado frente a la STS de 6 de febrero de 2013), rechazó la rectificación del criterio mantenido en dicha sentencia habida cuenta que, a su juicio, tiene presente el interés superior del menor. Y ello, sobre la base de que el ordenamiento español permite la determinación de la filiación paterna, así como la adopción y el acogimiento.

Como se ha razonado en páginas anteriores, en mi opinión esta solución no resulta convincente, en esencia porque si, finalmente, los sujetos comitentes pueden acceder (por otras vías) a la filiación de los hijos nacidos de un contrato de gestación por sustitución, los derechos que se tratan de salvaguardar con la prohibición de tales negocios jurídicos (en esencia, la dignidad de la mujer gestante y el comercio de niños) no quedan suficientemente protegidos, ocasionando, además, perjuicios innecesarios en los menores y las familias en tanto se da solución a las demandas de paternidad y procesos de adopción o acogimiento familiar. Desde esta perspectiva, la solución que da el TS a esta cuestión no resulta satisfactoria<sup>35</sup>.

#### **IV. LOS SUPUESTOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ¿PUEDEN DAR LUGAR AL DISFRUTE DE PERMISOS Y PRESTACIONES DE MATERNIDAD?**

##### **1. LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES DEL ORDEN SOCIAL**

Entre los tribunales del orden social también ha sido muy discutida la cuestión sobre si los nacimientos de hijos de gestación por sustitución dan o no derecho a los permisos y prestaciones de Seguridad Social pertinentes, en esencia, al descanso por maternidad y a la prestación económica correspondiente, dando lugar este debate, al igual que sucede en el plano civil, a posiciones encontradas.

En relación con este asunto hay que partir de la base de que la LGSS , cuando regula las prestaciones de maternidad, no recoge explícitamente entre las situaciones protegidas el supuesto de gestación por sustitución, extendiéndose la protección únicamente a los supuestos de maternidad, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple cuando su duración no resulte inferior a un año (artículos 177.1 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y 2.1 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo

---

<sup>35</sup> Prueba evidente de lo controvertida que resulta esta cuestión es la inexistencia de unanimidad entre los propios Magistrados de la Sala de lo Civil del TS. De hecho, la sentencia que se comenta fue dictada con cinco votos a favor y cuatro en contra.

durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural). No parece que esta omisión quepa atribuirle a un olvido del legislador, más bien parece coherente con la prohibición legal de los contratos de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, pese a la prohibición de estos contratos y la omisión legal de la maternidad subrogada como situación protegida a efectos de prestaciones de Seguridad Social, los Tribunales del orden social han reconocido en ocasiones el derecho a tales prestaciones, denegando en otros casos el acceso a las mismas. Esta contradicción de criterios judiciales ha propiciado la intervención del TS en orden a unificar la doctrina sobre esta materia, fallando en sentido favorable al derecho a generar prestaciones de maternidad en supuestos de gestación por sustitución<sup>36</sup>.

Como se acaba de señalar, existen algunas sentencias dictadas por TSJ que deniegan el derecho a prestación de maternidad en base, principalmente, a que el contrato de gestación por sustitución está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico, aduciendo también que la prestación por maternidad no se contempla para estos supuestos. Asimismo, en apoyo a esta tesis contraria al derecho a prestaciones por maternidad, las Salas de lo Social de los TSJ aluden a dos sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), ambas de fecha 18 de marzo de 2014 (asuntos C-167/12 y C-363/12), en relación con la maternidad subrogada que tienen su origen en dos cuestiones prejudiciales planteadas por Gran Bretaña e Irlanda sobre cómo debían interpretarse las Directivas 89/391/CEE, 2006/54/CE y 2000/78/CE. A este respecto, en la primera de dichas sentencias considera el Tribunal europeo que la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados (en virtud del artículo 8 de la Directiva) a conferir un permiso por maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando pueda amamantar a su hijo o lo amamante efectivamente. Por lo que atañe a la segunda Directiva, relativa al principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, el TJUE considera que esta debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación basada en el sexo el hecho de que un empleador deniegue un permiso por maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo mediante el recurso a esta técnica. Finalmente, en la segunda de las resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo se interpreta el sentido de la Directiva 2000/78/CE, Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, considerando que no constituye discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso por adopción a una trabajadora

---

<sup>36</sup> No obstante, el considerable número de votos particulares que rezan en las sentencias dictadas por el TS (al menos, en las dos primeras) introducen cierto margen de duda en cuanto a la solidez que deba otorgarse a tal criterio jurisprudencial.

incapacitada para gestar a un niño que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución<sup>37</sup>.

En alguna ocasión se ha aducido también como argumento en contra por parte de los TSJ la STS de 6 de febrero de 2013, Sala Civil, dictada a raíz de la impugnación de la Resolución de la DGRN de 2009, en la que se defendía que la protección a los menores debía otorgarse partiendo de la ley y los convenios aplicables en España y, por tanto, con respeto a la prohibición legal de la gestación por sustitución, más aún cuando en el ordenamiento español existen otras vías legítimas para que los padres intencionales puedan obtener la filiación (reclamación de paternidad biológica, adopción...).

Ahora bien, la mayoría de las sentencias dictadas por las Salas de lo Social de los TSJ se han pronunciado en sentido favorable a la concesión de la citada prestación de Seguridad Social, esgrimiendo para ello diversos argumentos. Así, por ejemplo, se afirma que la finalidad principal de la prestación por maternidad es la protección del menor no estando solo relacionada con el descanso obligatorio y voluntario por el hecho del parto, convirtiéndose la atención del menor en elemento prioritario. En efecto, “separadas la incapacidad temporal y la maternidad se trata de dar cobertura específica y protección adecuada al hijo. Lo prioritario es la atención del menor y el estrechamiento de los lazos del padre y la madre con el mismo. Así se deduce de que sea beneficiario no sólo la madre sino también el padre, que sea superior el período de tiempo para el cuidado del menor que para la recuperación de la madre biológica, o que se proteja la adopción o el acogimiento”<sup>38</sup>. La gestación por sustitución debe

---

<sup>37</sup> Denegando el derecho a prestación por maternidad en supuestos de gestación por sustitución pueden citarse, entre otras, las SSTSJ Madrid de 7 de julio de 2014 y 5 de octubre de 2015 (JUR 244222 y 253456, respectivamente); SSTSJ País Vasco de 13 de mayo de 2014 (AS 1228) y 3 de mayo de 2016 (JUR 117724); STSJ Andalucía, Sevilla, de 4 de febrero de 2015 (AS 720). Resulta llamativo que en alguna de estas sentencias los propios TSJ admitan estar de acuerdo con el reconocimiento de la prestación económica por maternidad en estos casos y que, no obstante, se deniegue la misma por sentirse vinculado el órgano judicial por la jurisprudencia comunitaria citada en el texto. Vid., en este sentido, por ejemplo, la STSJ País Vasco de 13 de mayo de 2014 (AS 1228). Como muy bien razona algún autor, resulta impertinente que los TSJ aduzcan esta doctrina del TJUE para rechazar las prestaciones por maternidad toda vez que lo único que se infiere de ella es que el Derecho Comunitario no obliga a los Estados miembros a reconocer un permiso por maternidad a las madres subrogantes, resultando acordes con la norma comunitaria las legislaciones nacionales que no prevean tales permisos. CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El derecho a la prestación por maternidad del padre que contrata en solitario un vientre de alquiler. Comentario a la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, núm. 881/2016, de 25 de octubre (Recud. 3818/2015)”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 10, 2017, pág. 185. En referencia a esta doctrina judicial también apunta algún autor que “no se adentra, en la argumentación jurídica, en cuestiones complejas sobre la delimitación del interés superior del menor o del orden público, sino que se constriñen a aplicar la que entienden como mejor tesis jurídica aludiendo a pronunciamientos existentes”. HIERRO HIERRO, F.J.: “Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 127, 2017, pág. 114.

<sup>38</sup> STSJ Asturias de 20 de septiembre de 2012 (AS 2485). En parecidos términos, puede citarse también STSJ Madrid de 13 de marzo de 2013 (sentencia nº 216/2013) o, más recientemente, la STSJ Baleares de 30 de enero de 2017 (sentencia nº 96/2017). Reconociendo el derecho de la prestación por maternidad al padre biológico en un supuesto de gestación por sustitución en el que la madre es trabajadora por cuenta propia y pertenece a una mutualidad de previsión social que no contempla tal protección,

equipararse a la adopción, donde tampoco existe parto, con la que comparte la misma finalidad de protección del menor<sup>39</sup>. Así pues, si en los demás supuestos distintos a la maternidad natural se reconoce el derecho a la prestación para procurar la atención del menor, esta finalidad también concurre en los casos de gestación por sustitución<sup>40</sup>. Más puntualmente, se ha aludido también al derecho fundamental a la reproducción que debe ser respetado plenamente y en todas sus facetas, incluidas las de Seguridad Social<sup>41</sup>; o al artículo 39 CE que, como es sabido, ordena a los poderes públicos asegurar la protección jurídica de (...) los hijos, iguales estos ante la ley independientemente de su filiación lo cual se conecta, a su vez, con el artículo 14 CE<sup>42</sup>. Argumentándose, asimismo, en ocasiones, que el artículo 10 LTRHA no resulta de aplicación cuando se trate de contratos de gestación por sustitución celebrados en país extranjero cuya legislación sí permite este tipo de pactos y de donde derive la inscripción de la filiación en el Registro Civil Consular, pues constando ya en tales casos la filiación, habiendo sido ésta determinada, a lo que se renuncia con tal contrato no es a la filiación (como expresa el artículo 10.1 LTRHA) sino al ejercicio de los derechos de patria potestad<sup>43</sup>.

De todos los argumentos esgrimidos por los TSJ en defensa del derecho a prestaciones por maternidad en supuestos de gestación por sustitución, el concerniente al interés superior del menor es, sin duda, el que cobra mayor peso considerando los Tribunales que dicho interés forma parte del orden público. En este sentido se afirma que el interés superior del menor tiene características de orden público de tal forma que los jueces y tribunales tienen necesariamente que inspirarse en él a la hora de tomar cualquier decisión que afecte a un menor” y ello porque así se deriva de diversos textos y convenciones internacionales, y de algunas sentencias del TJUE y del propio TS español<sup>44</sup>. “Es, pues, evidente que el interés superior del menor, y como consecuencia

---

pueden consultarse las SSTSJ Murcia, de 3 de noviembre de 2014 y 30 de marzo de 2015 (JUR 2015,41278 y AS 1332, respectivamente).

<sup>39</sup> STSJ Castilla y León, Valladolid, de 5 de mayo de 2010 (JUR 215499).

<sup>40</sup> STSJ Cataluña de 23 de noviembre de 2012 (AS 485). En términos similares, la doctrina judicial ha defendido que el permiso y la prestación por maternidad tienen como finalidad la protección del hecho biológico del parto en sí mismo considerado, pero también la protección de los padres y el menor permitiendo la recuperación de la madre biológica y propiciando la conciliación de la vida familiar y laboral (SSTSJ Castilla-La Mancha, de 27 de mayo de 2015 y 14 de julio de 2016 –AS 1332 y JUR 194758, respectivamente-).

<sup>41</sup> STSJ Madrid de 23 de diciembre de 2014 (AS 406).

<sup>42</sup> STSJ Asturias de 20 de septiembre de 2012 (AS 2485). En este orden de ideas, se afirma que denegar el derecho a la prestación de maternidad en un caso de gestación por sustitución supondría una grave discriminación por razón de nacimiento a los menores y una discriminación directa por razón de sexo a la madre ya que por el hecho de ser mujer se vería privada de una prestación a la que tendría derecho en caso de ser hombre (se trataba de un caso en el que, solicitada la prestación por paternidad el INSS la reconoce, y solicitada después la de maternidad por parte de la madre, aquél la deniega). Vid. En tal sentido, las SSTSJ Cataluña de 19 de julio de 2016 (JUR 208689). Asimismo, en estas sentencias el TSJ interpreta que cuando el artículo 133 bis LGSS considera situación protegida la maternidad, ésta debe interpretarse en dos sentidos, el biológico (identificándola al parto), y el jurídico (en tanto que relación de filiación existente entre la madre y sus hijos, sean o no hijos biológicos).

<sup>43</sup> SSTSJ Madrid de 23 de diciembre de 2014 y 12 de febrero de 2016 (AS 406 y 737, respectivamente).

<sup>44</sup> En este sentido se citan, entre otros, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma, de 4 de noviembre de 1950, la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de

los derechos fundamentales que con él se relacionan (no discriminación por razón de nacimiento), constituye y opera como una cláusula general de nuestro ordenamiento siempre que el interés del menor es puesto en cuestión. Por ello, cuando una norma colisiona con el principio o cláusula general del interés superior del menor y con el de igualdad con independencia del nacimiento, su aplicación (e incluso su neutralización) debe realizarse conforme a las exigencias derivadas de un principio general prioritario, el del interés superior del menor”<sup>45</sup>.

A fin de unificar toda la doctrina judicial que se ha ido evacuando sobre este asunto, el TS se ha pronunciado ya en varias sentencias defendiendo el derecho a prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución, y lo ha hecho tanto en relación con personal laboral, como con personal estatutario y trabajadores autónomos<sup>46</sup>. Los principales argumentos que aduce el Alto Tribunal son, en esencia, los siguientes<sup>47</sup>: por un lado se afirma que, pese a que el contrato de gestación por sustitución esté prohibido en nuestro ordenamiento jurídico, ello no supone que al menor se le puedan privar de ciertos derechos. Y si bien el interés del menor “no puede erigirse en principio a partir del cual los órganos jurisdiccionales alteren el

---

noviembre de 1989, la Observación General nº 14 de las Naciones Unidas de 2013 sobre la Convención de los Derechos del niño en la que se aclara expresamente que “el interés del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño”. Igualmente, se alude a la sentencia *Menesson v. France*. Se citan, por último, algunas sentencias del TS, Sala Civil.

<sup>45</sup> En estos términos se expresa la STSJ Madrid de 23 de diciembre de 2014 (AS 406). En la misma línea cabe citar también las SSTSJ Canarias, de 27 de marzo de 2015, Madrid de 12 de febrero y 31 de marzo de 2016 (AS 1993, 737, y JUR 117188, respectivamente), y Cataluña de 15 de abril de 2016 (AS 929).

<sup>46</sup> En efecto, a fecha de hoy constituyen un total de cuatro las sentencias que se han dictado por la Sala de lo Social del TS resolviendo los distintos recursos de casación para la unificación de doctrina planteados sobre esta materia. Se trata, concretamente, de las SSTS, de 25 de octubre, 16 de noviembre y 30 de noviembre de 2016 (sentencias nº 881, 953, 1021 y 1022, respectivamente). En las dos primeras sentencias citadas, los solicitantes de la prestación por maternidad eran trabajadores por cuenta ajena (en un caso se trataba del padre biológico –STS de 25 de octubre- y en el otro de la madre comitente –STS de 16 de noviembre-). En cambio, en las sentencias dictadas el 20 de noviembre el padre beneficiario de la prestación se encontraba en régimen de pluriempleo, compatibilizando la situación de personal estatutario fijo de la Comunidad Autónoma de Madrid con la de profesor ayudante de la Universidad Europea de Madrid, SL, en régimen laboral (sentencia nº 1021); en la segunda de las sentencias (nº 1022) el debate giraba en torno a un trabajador dado de alta en el RETA. Es de subrayar, empero, que ninguna de estas cuatro sentencias se han dictado por unanimidad, habiéndose planteado en todas ellas votos particulares por parte de distintos Magistrados que conforman la Sala de lo Social del TS lo cual resulta demostrativo, una vez más, de que el tema objeto de debate dista mucho de ser pacífico. Aunque también parece significativo que en las últimas sentencias dictadas (ambas de 30 de noviembre) el número de votos particulares presentados se ha reducido sensiblemente (únicamente un voto particular frente a los seis y cinco de las SSTS de 25 de octubre y 16 de noviembre, respectivamente). Por lo demás, existe una sentencia más reciente, la STS de 19 de octubre de 2016 (Sentencia nº 897/2016) que, aunque no entra en el fondo del asunto por entender que no existe contradicción entre las sentencias a contrastar al existir falta de identidad entre ellas, viene a reconocer que el hecho de que la legislación de Seguridad Social proteja los supuestos de adopción y acogimiento “pudiera dar una cierta cobertura argumental a la pretendida aplicación analógica de la prestación en los supuestos de maternidad subrogada”.

<sup>47</sup> Todos estos argumentos se repiten en las cuatro sentencias aquí citadas que se ocupan del derecho a prestaciones por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución.

contenido de las normas y eludan la sujeción al ordenamiento jurídico, sí constituye un canon interpretativo de relevancia cuando se aplican normas que lo han querido tener presente, como ocurre con las normas que regulan la protección que la Seguridad Social dispensa a la maternidad ya que al vincular la protección a supuestos distintos al alumbramiento, como ocurre con la adopción o el acogimiento, es claro que no se está pensando únicamente en la recuperación física de la madre (tras el parto) sino también y, esencialmente, en la atención y cuidado del menor y en el fortalecimiento de los vínculos materno-filiales”<sup>48</sup>.

Dentro de esta misma línea, el Alto Tribunal llama también la atención sobre la relación familiar que <<de facto>> se haya podido originar en estos casos, debiendo velar entonces por la vida privada de los menores integrados en una unidad familiar<sup>49</sup>.

Desde una perspectiva netamente constitucional se defiende también que “está fuera de toda duda que el reconocimiento del derecho al descanso y prestación por maternidad entraña un adecuado cumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia”<sup>50</sup>. En particular, se alude al mandato que contempla el art. 39.3 CE obligando a los padres a prestar asistencia a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, y al art. 39.2 que prevé “*la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación*”.

---

<sup>48</sup> STS de 25 de octubre de 2016 (RJ 6167), FD Noveno. En relación con esta sentencia conviene aclarar que el objeto debatido era un supuesto en el que no se renunciaba en puridad a la filiación materna sino al ejercicio de la patria potestad por parte de la madre biológica, y a la vez gestante (y registral), a favor del padre biológico que intervino como sujeto comitente. Este hecho dio lugar a la formulación de un voto particular (por parte de la Magistrada Dña. M<sup>a</sup> Lourdes Arastey Sahún) en el que se ponía de manifiesto la discrepancia con el criterio de la mayoría de la Sala en cuanto a entrar en un pronunciamiento sobre el fondo del asunto por considerar que no se cumplía con el requisito de contradicción al no existir identidad sustancial en los hechos. Y ello por cuanto en la sentencia recurrida no se trataba de un supuesto de “sustitución”, en tanto que en la sentencia alegada por el INSS como contradictoria sí se dirimía un genuino supuesto de gestación por sustitución. En cualquier caso, esta divergencia fáctica no trasciende en relación al reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad, admitiéndolo el TS en sendos supuestos. No obstante, “dichas diferencias sí tienen trascendencia en la práctica por lo que se refiere a la documentación que habrá de acompañar a la solicitud de la prestación por maternidad. En el caso de la verdadera sustitución de la filiación materna (...) será suficiente que quede debidamente acreditada la inscripción de la filiación a favor del comitente y solicitante de la prestación. Por el contrario, en el supuesto de que la filiación materna se haya determinado a favor de la madre biológica, es necesario que el interesado presente documentación adicional que permita a la Administración de la Seguridad Social comprobar que la gestación por sustitución y renuncia de la patria potestad se ha llevado a cabo de conformidad con la legalidad vigente en el ordenamiento jurídico extranjero”. Vid. Sobre este particular, PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: “*Gestación por sustitución y prestaciones por maternidad. (Análisis de los nuevos criterios administrativos con ocasión de las SSTs de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016)*”. Revista Aranzadi digital nº 1/2017. Estudios y Comentarios, pág. 4.

<sup>49</sup> En relación con este argumento el Alto Tribunal trae a colación la STS de 6 de febrero de 2014, Sala primera, en la que se afirmaba que “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia”. STS de 16 de noviembre de 2016 (RJ 6152), FD Noveno. En idénticos términos se expresa la STS de 25 de octubre del mismo año.

<sup>50</sup> STS de 16 de noviembre de 2016 (RJ 6152). Idéntico razonamiento se contiene en la STS de 25 de octubre de 2016, ya citada.

Por lo demás, el hecho de que el contrato de gestación por sustitución se declare nulo en nuestro ordenamiento jurídico no supone obstáculo alguno a los efectos aquí pretendidos pues no se ignora que el ordenamiento laboral reconoce efectos en determinados negocios jurídicos afectados de nulidad (como ocurre con el reconocimiento de la pensión de viudedad en determinados supuestos de nulidad matrimonial, o el derecho al salario por el tiempo trabajado cuando el contrato de trabajo sea nulo...) <sup>51</sup>.

Asimismo, no cabe ignorar que el descanso y prestación por maternidad presenta una doble finalidad, de un lado, atender a la recuperación, seguridad y salud de la madre; y de otro lado, la protección de las especiales relaciones entre la madre y el hijo durante el período posterior al nacimiento.

En fin, considera el TS que el listado de situaciones protegidas que recoge el art. 133 bis LGSS que dan derecho a la prestación por maternidad no tiene por qué considerarse un <<numerus clausus>> pues a la vista de lo que dispone el RD 295/2009, de 6 de marzo, puede interpretarse que el mismo ha supuesto una relativa apertura del elenco de supuestos protegidos <sup>52</sup>.

Todas las sentencias dictadas hasta la fecha por el TS se refieren a solicitudes de subsidios por maternidad. No obstante, aunque en ninguno de estos pronunciamientos se dilucida sobre el derecho a subsidios por paternidad en supuestos de gestación por sustitución acaecidos en país extranjero donde estas prácticas son legales, de lo razonado en alguna de dichas sentencias se desprende que también en estos casos se genera el derecho a tales prestaciones <sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Sobre este punto entiende el TS que “hay que distinguir dos planos perfectamente diferenciados (...), el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación del menor, al que no puede perjudicar el contrato”. STS, de 16 de noviembre de 2016 (RJ 6152). En parecidos términos se expresa la STS de 25 de octubre de 2016, ya citada.

<sup>52</sup> Según reza el art. 2.2 de este RD “*se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple (...), cualquiera que sea su denominación*”. En torno a la interpretación de este precepto algún ha manifestado que el sentido del mismo “no es equiparar la maternidad subrogada a la adopción o la guarda sino simplemente el reconocimiento de que aquellas otras figuras o instituciones jurídicas de ordenamientos extranjeros que tengan efectos similares a la adopción y la guarda, se llamen como se llamen, se asimilan a nuestras instituciones nacionales, extendiéndose también a ellos la prestación (...)”. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada”. Aranzadi Doctrinal, nº 1/2017, página 15.

<sup>53</sup> Así sucede con las dos sentencias dictadas por el TS el 30 de noviembre de 2016 (nº 1021 y 1022). En la primera de ellas se dilucidaba el caso de un padre monoparental (padre biológico y también registral) que primero lucró una prestación por paternidad y luego solicitó una prestación por maternidad que le fue denegada por el INSS. El TS reconoció al actor el derecho a prestación por maternidad, si bien matizó que de ésta habría que detraer el tiempo en que el demandante lucró prestación por paternidad. Se aplica así por analogía lo previsto en el artículo 23.3 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que prescribe que “En los casos en que exista un solo progenitor, adoptante o acogedor, si este percibe el subsidio por maternidad, no podrá acumular el subsidio por paternidad”.

En la segunda de las sentencias citadas se trataba de un matrimonio homosexual integrado por dos varones en el que uno de ellos habría obtenido la prestación de paternidad, y el otro solicitó la



Como se verá a continuación, este criterio jurisprudencial favorable al disfrute de prestaciones de Seguridad Social por parte de los padres intencionales ha sido acogido también por la Seguridad Social que en su página web ya anuncia entre las situaciones protegidas a efectos de prestaciones de maternidad los supuestos de gestación por sustitución<sup>54</sup>.

En mi opinión los argumentos esgrimidos por el TS en todos estos pronunciamientos resultan acertados, fundamentalmente, por lo que atañe a la alegación del interés superior del menor. Frente a una interpretación meramente literal sustentada sobre la base de que la legislación vigente no contempla entre las situaciones protegidas que dan derecho a la prestación de maternidad los supuestos de “maternidad subrogada” por estar esta prohibida, el Alto Tribunal recurre a un criterio hermeneútico finalista que le lleva a razonar sobre el sentido último que justifica estas prestaciones, que no es otro que el de permitir el cuidado y atención al menor, interés que también se encuentra presente en los supuestos de gestación por sustitución. El hijo nacido como consecuencia de un contrato de esta naturaleza no puede verse perjudicado (discriminado) por dicha circunstancia, por lo que la interpretación que se haga de las normas jurídicas que resulten de aplicación únicamente puede llevarse a cabo desde esta perspectiva. De no reconocerse la protección de maternidad en estos casos se produciría una discriminación en el trato dispensado al hijo por razón de la filiación<sup>55</sup>.

Ahora bien, esta interpretación no está exenta de problemas ni puede verse como definitiva porque, de un lado, supone reconocer <<de facto>> la filiación (y los efectos ligados a ella) a favor de los sujetos comitentes, contrariando por ende, la prohibición legal prevista en el artículo 10.1 LTRHA.

Desde otro punto de vista, repárese también que en todas las sentencias en las que hasta el momento se ha pronunciado el TS se trataba de supuestos en los que el contrato de gestación se había celebrado en otros países donde estos contratos son legales y en los que la filiación a favor de los sujetos comitentes ya había sido determinada a través de la correspondiente inscripción en el Registro Público<sup>56</sup>, por lo

---

prestación de maternidad que el INSS le denegó. El TS falla a su favor, reconociéndole el derecho al subsidio por maternidad solicitado.

<sup>54</sup> Vid. [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es). Curiosamente en esta página sólo se recoge la gestación por sustitución como situación protegida a efectos de prestaciones por maternidad, omitiendo cualquier referencia a ello en relación con las de paternidad. Sin embargo, como se verá más adelante, en la Consulta 4/2017 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS sí se prevé también este supuesto.

<sup>55</sup> En este orden de ideas, la doctrina ha alertado sobre la necesidad de que se hagan efectivos en estos casos los derechos laborales de los progenitores formulados tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la Ley General de la Seguridad Social, si no se quiere que los menores queden desprotegidos. GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: “Reconocimiento de la prestación de maternidad a padre biológico de menores nacidos por gestación de sustitución en Estados Unidos. STSJ Cataluña, de 1 de julio de 2015 (AS 2015, 1826)”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 185, 2016, pág. 318. Abogando por una reforma en esta materia, se manifiesta también TREJO CHACÓN, M.F.: “Prestación de maternidad en los supuestos de gestación por sustitución. STSJ Las Palmas de Gran Canaria de 27 de marzo de 2015 (AS 2015, 1993)”. Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 185, 2016, págs. 328 y 329. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “Libertad de procrear, vida en familia y ...”, op. cit., pág. 204.

<sup>56</sup> En efecto, en la sentencia de 25 de octubre, fue un varón quien acudió a la India para celebrar un contrato de gestación por sustitución, naciendo dos hijas que fueron inscritas en el Consulado de España

que cabe preguntarse si la solución hubiera sido la misma de haberse celebrado el contrato de gestación en España. A juzgar por algún caso del que se ha tenido conocimiento a través de los medios de comunicación, no lo parece. A través de la prensa y de otros medios de comunicación se difundió la noticia de la detención por la Guardia Civil a finales de noviembre de 2016 de una pareja de hombres (residentes en Almería) y una mujer (vecina de Cádiz) que presumiblemente celebraron un contrato de gestación por sustitución. Supuestamente la gestante se sometió a una inseminación artificial y, tras el parto, entregó la recién nacida a la pareja de hombres a cambio de una cantidad<sup>57</sup>. Posteriormente, los tres arrestados quedaron en libertad, pero con cargos (a la espera de juicio, acusados de un delito contra las relaciones familiares, por alteración de la paternidad, estado o condición de un menor), y la menor fue puesta bajo la protección de los Servicios Sociales de la Junta de Andalucía.

En este supuesto, lejos de obtener la filiación a favor de los comitentes y de acceder a la inscripción en el Registro público correspondiente y, en su caso, obtener las prestaciones de Seguridad Social de maternidad y paternidad, se dilucidan posibles responsabilidades penales<sup>58</sup>. Una situación bien distinta, como se aprecia, a los supuestos en que el TS ha tenido oportunidad de pronunciarse y que han sido analizados con anterioridad, con la única diferencia en uno y otro caso del lugar donde se concertó la gestación por sustitución: en un país extranjero cuya legislación permite esta suerte de prácticas, o en suelo español donde se prohíbe taxativamente la misma.

Esta situación resulta intolerable pues da lugar a que se traten de forma desigual (injustificada) los supuestos de contratos de gestación por sustitución celebrados por españoles en países donde tales contratos son legales y que, una vez obtenida la filiación por parte de los sujetos comitentes, éstos regresan a España y pueden lucrar prestaciones de maternidad; y aquellos otros celebrados en España a los que parece vetarse toda posibilidad de obtener la filiación así como de acceder a las prestaciones

---

en Nueva Delhi (en este caso el contrato fue suscrito por el padre biológico). Por su parte, en la de 16 de noviembre se trataba de una pareja heterosexual que tuvieron un hijo a través de esta técnica siendo inscrito en el Registro del Consulado de España en Los Ángeles. Por último, en las dictadas el 30 de noviembre, la primera se refería a un padre biológico que tuvo un hijo que fue inscrito en el Registro del Consulado de España en Chicago (recurso casación para la unificación de doctrina nº 3183/2015); en tanto que la segunda se trataba de un matrimonio homosexual, siendo ambos padres biológicos, que tuvieron dos hijos (una mujer y un varón) a los que se inscribió en el Registro Civil consular de Los Ángeles (recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3219/2015).

<sup>57</sup> Se trata de la que fue denominada como “Operación princesita”. [politica.elpais.com](http://politica.elpais.com)

<sup>58</sup> Las sanciones penales susceptibles de aplicarse en estos supuestos son las previstas en los arts. 220 y 221 CP, donde se contemplan los supuestos de suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor. Por tanto, “sólo cuando los sujetos intervinientes en el contrato de gestación por sustitución llevan a cabo las conductas prohibidas por estos artículos, tiene lugar la aplicación de la correspondiente sanción jurídico-penal”. En estos términos se expresa DÍAZ ROMERO, M.R.: “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”. *Diario La Ley*, nº 7527, sección Doctrina, 2010, pág. 3. Para otros autores, empero, los artículos 220 y 221 CP tipifican como delito ciertas conductas en las que “incurrirían todas las personas que participen en tal situación, si se pretende utilizar en España la maternidad subrogada”. SELMA PENALVA, A.: “Nuevas posiciones en torno a...”, *op. cit.*, pág. 296. Asimismo, ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del tribunal supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”. *Información Laboral*, nº 4/2017, pág. 2.

de Seguridad Social correspondientes; pudiendo incluso incurrir, en este último caso, en responsabilidad penal<sup>59</sup>.

Así pues, también desde el punto de vista de la situación creada a raíz de la jurisprudencia social dictada sobre esta materia parece necesario e inaplazable abordar una reforma legal que regule de forma integral el espinoso asunto de la gestación por sustitución vertebrando todos los derechos e intereses en conflicto, pues lo que no parece coherente ni aceptable de ningún modo es que se “premie” o se “castigue” a los padres comitentes en función, simplemente, del país donde se haya celebrado el contrato de gestación por sustitución.

En este orden de ideas, no puede perderse de vista que la doctrina sentada por el Pleno de la Sala de lo Social del TS en las sentencias más arriba citadas ha sido asumida en el ámbito de la Seguridad Social al reconocer el derecho al subsidio por maternidad en los supuestos de hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero. Así pues, en el momento actual los hijos nacidos de estas prácticas en países donde las mismas son legales pueden causar derecho a subsidios por maternidad y paternidad con cargo a la Seguridad Social española, en tanto que no pueden hacerlo los nacidos en España fruto de esas mismas prácticas.

Como se ha dicho, las sentencias dictadas por el TS resuelven solicitudes de prestaciones de Seguridad Social en supuestos de gestación por sustitución que han tenido lugar en país extranjero. Pero cabe preguntarse si el derecho a tales prestaciones se hubiera reconocido también de haberse celebrado dicho contrato en España, una vez inscrita la filiación del menor en el Registro civil español, hipótesis que puede acontecer particularmente en aquellos supuestos en que el sujeto comitente fuera también el padre biológico. No parece que en estos casos, cumplidos todos los requisitos para ser beneficiario, la Entidad Gestora pudiera denegar la prestación solicitada por razón de que el nacimiento del menor haya tenido lugar por gestación por sustitución. Cuestión distinta es el plazo que deba entenderse aplicable en estos casos a fin de solicitar el subsidio correspondiente<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> De “extremado agravio comparativo” ha llegado a calificar algún autor la situación creada a raíz de esta jurisprudencia, al introducir diferencias entre “quienes tienen recursos económicos para viajar al extranjero (...) y contratar la <<gestación>> biológica-maternidad (social) por sustitución>> (...) y quienes carecen de ellos, y se ven obligados, en análogas circunstancias a acudir a <<gestantes nacionales>>. En el primer caso, no sólo podrán exhibirse a bombo y platillo por los medios que crean más conveniente (...) sino que incluso contarán, en su caso, con la ayuda del conjunto de ciudadanos para asistir a sus hijos, a través de la prestación de maternidad subrogada. En el segundo caso deberán esconderse y silenciar hasta el extremo su conducta, porque podrán ser perseguidos <<por lo civil y por lo criminal>>”. En estos términos se expresa MOLINA NAVARRETE, C.: “Prohibida la <<nacional>>, ¿protegemos la <<gestación/maternidad subrogada internacional>> con prestaciones sociales?”. Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF, nº 406, 2017, pág. 210.

<sup>60</sup> En este orden de consideraciones, algún autor ha apuntado que “si se concede la prestación social por maternidad/paternidad a los progenitores de un niño nacido en el extranjero por gestación por sustitución, también podrían ser beneficiarios de la misma prestación los progenitores de un niño nacido en España por maternidad subrogada, siempre que fuera posible inscribir su filiación en el Registro Civil español”. ORTIZ VIDAL, M.D.: “La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por

## **2. CRITERIOS INTERPRETATIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL APLICABLES AL SUBSIDIO POR MATERNIDAD CAUSADO POR HIJOS NACIDOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN CON ARREGLO A LA LEGALIDAD VIGENTE EN UN PAÍS EXTRANJERO**

Como era de esperar la asunción de la doctrina sentada por el TS en materia de subsidio por maternidad en supuestos de gestación por sustitución por parte de la Administración de la Seguridad Social exigía establecer los criterios interpretativos pertinentes que permitieran aplicar de forma coherente la misma. Tal es la razón de la consulta de 29 de diciembre de 2016 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, en la que se dictan las instrucciones necesarias a fin de adaptar las previsiones normativas vigentes en materia de subsidio por maternidad a las particularidades que presentan los hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero<sup>61</sup>.

Sin entrar a analizar al detalle todas las especialidades, a continuación se exponen los aspectos más cruciales de las consultas emitidas por la Subdirección General de ordenación y Asistencia Jurídica sobre este asunto: la nº 29/2016, de 29 de diciembre, en la que se establecen los criterios de adaptación de las vigentes previsiones normativas en torno al derecho al subsidio por maternidad a las particularidades que presentan los hijos nacidos de gestación por sustitución con arreglo a la legislación aplicable en un país extranjero; y la 4/2017, de 20 de febrero, que amplía las instrucciones contenidas en la primera. Como es lógico, algunas de estas previsiones se encuentran más próximas a los preceptos que regulan la adopción, en tanto que otros preceptos que son propios de la maternidad biológica, pese a no ser exportables a la adopción, sí lo son en cambio a los supuestos de hijos nacidos de gestación por sustitución.

Atendiendo a lo dispuesto en la primera de las consultas citadas, la misma parte de delimitar la situación protegida en estos supuestos considerando como tal el nacimiento de un hijo por gestación por sustitución en un país extranjero con arreglo a la legalidad de dicho país. A fin de poder reconocer el derecho al subsidio por maternidad en estos casos, constituye requisito ineludible haber practicado la inscripción de la filiación del hijo en el Registro civil español.

Se considera sujeto beneficiario al progenitor, independientemente de su sexo, que haya disfrutado del permiso o descanso por maternidad<sup>62</sup>, siempre y cuando reúna los

---

maternidad/paternidad en España y la novísima jurisprudencia del TJUE". Nueva Revista Española de Derecho del trabajo, nº 180, 2015, pág. 263.

<sup>61</sup> Dichas consultas están disponibles en el portal de la transparencia del Gobierno de España.

<sup>62</sup> Como es harto conocido el presupuesto para el reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad es el disfrute del descanso o permiso correspondiente con arreglo a lo dispuesto en el

requisitos previstos con carácter general en el RD 295/2009, de 6 de marzo. En el caso de que haya dos progenitores comitentes y se haya distribuido entre ambos el período de descanso, ambos tendrán la condición de beneficiarios si reúnen de forma independiente los requisitos necesarios para ello.

Por lo que respecta al hecho causante, la prestación se entiende causada en la fecha de nacimiento del hijo<sup>63</sup>.

No rige en estos supuestos el descanso obligatorio correspondiente a las seis semanas posteriores al parto. Puesto que en estos casos la madre “comitente” no ha sido la “gestante”, carece de sentido la previsión de tal descanso obligatorio.

Tampoco resulta de aplicación la antelación de hasta cuatro semanas del período de descanso previsto para los supuestos de adopción internacional<sup>64</sup>. Con arreglo a ello, se establece que el derecho al subsidio por maternidad sólo corresponderá al período de descanso o permiso que se disfrute a partir de la fecha del nacimiento del hijo.

En cuanto a la posibilidad de cesión por parte de la madre biológica del derecho al descanso no obligatorio tampoco tiene lugar en estos casos.

Por lo demás, en los supuestos en que el neonato requiera hospitalización, y esta tenga una duración superior a siete días, se ampliará el período de duración del permiso por maternidad en tantos días como aquel deba permanecer hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales. El disfrute de dicho período adicional del subsidio, en el caso de que ambos progenitores reunieran los requisitos para ser beneficiario, corresponderá a aquel que de común acuerdo determinen.

Por su parte, la consulta 4/2017, de 20 de febrero (con la ampliación que contiene la misma, de 7 de marzo) se ocupa de dos aspectos fundamentales: la delimitación de los supuestos en que procede acumular el descanso/subsidio por maternidad con el

---

ordenamiento jurídico laboral o estatutario. En este sentido, como muy oportunamente se precisa, las SSTs de las que traen su causa estas consultas se refieren exclusivamente al subsidio por maternidad sin cuestionarse siquiera el hecho de que el descanso o permiso de maternidad no está previsto para los supuestos de gestación por sustitución, ni en el ET ni en el EBEP. Sin embargo, “podemos presumir con escaso margen de error que, si el derecho al disfrute del descanso/permiso en supuestos de gestación por sustitución llegase a ser objeto de litigio, la solución que se alcanzaría sería la misma que la ofrecida por las sentencias del TS de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016, por cuanto los argumentos que fundamentan la acogida favorable del reconocimiento del derecho al subsidio (que pivotan sobre la protección del interés del menor y de un estado real de necesidad) son igualmente aplicables al derecho a disfrutar del descanso/permiso por maternidad”. En estos términos se expresa PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: “Gestación por sustitución y prestaciones por maternidad...”, op. cit., pág. 6.

<sup>63</sup> Se sigue así el criterio defendido en su día por la STSJ Castilla-La Mancha de 27 de mayo de 2015 (AS 1332), que ya consideró como fecha del hecho causante de la prestación aquella “en la que sobreviene la contingencia protegida, es decir, el nacimiento de los niños para cuya protección y cuidado (entre otros) reconoce la ley esta prestación”.

<sup>64</sup> En este sentido, como se sabe, el art. 48.4, párrafo undécimo, ET prevé que “en los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción”.

descanso/subsidio por paternidad; y la precisión de los expedientes administrativos a los que resulta de aplicación las pautas contempladas en la consulta 29/2006.

Respecto a la compatibilidad de los subsidios por maternidad y paternidad en los supuestos de gestación por sustitución, se distinguen tres situaciones diferentes.

En primer lugar, cuando solo está determinada la filiación de uno de los progenitores (o cuando, aunque figure también como progenitora la madre biológica, esta haya renunciado válidamente al ejercicio de la patria potestad), el progenitor comitente que disfrute del subsidio por maternidad no podrá disfrutar también del correspondiente por paternidad<sup>65</sup>. Así pues, en estos casos no se aplica analógicamente lo previsto en el artículo 3.3 RD 295/2009 (fallecimiento de la madre biológica, en los que sí procede el disfrute de ambas prestaciones por parte de un único beneficiario), sino que se produce la analogía con el supuesto contemplado en el artículo 23.3 de dicha norma reglamentaria que impide acumular el subsidio por maternidad con el de paternidad en los casos en que exista un solo progenitor, adoptante o acogedor. Y es que en tanto que el fallecimiento de la madre biológica es un acontecimiento luctuoso e imprevisto que frustra un proyecto personal y familiar, en la maternidad subrogada la existencia de un solo progenitor (monoparental) es querida por el sujeto comitente, además de que la renuncia a la filiación o a la patria potestad es un requisito <<sine qua non>> en esta suerte de convenios.

Asimismo, se prevé que en los supuestos en que inicialmente la filiación solo conste a favor de un progenitor, cuando posteriormente adoptara al menor otra persona con la que aquél mantenía una relación conyugal (o de afectividad análoga), este último no generará derecho a una nueva prestación por maternidad derivada de la adopción del menor –salvo que aún no hubieran transcurrido los plazos señalados para el disfrute compartido–, aun cuando sí podrá disfrutar de la prestación por paternidad. En estos casos, el derecho a la prestación por maternidad únicamente corresponderá, de reunir los requisitos para ello, al progenitor a favor del que inicialmente se haya determinado la filiación. Se exceptúan de dicho tratamiento, empero, aquellos supuestos en que el nacimiento del menor mediante gestación por sustitución se hubiera producido en fecha anterior a la asunción por el INSS de los nuevos criterios jurisprudenciales que se derivan de las sentencias dictadas por el TS sobre esta materia (en los que, precisamente por esa razón, se hubiera denegado el derecho a prestación por maternidad al progenitor comitente, único respecto del que inicialmente se determinó la filiación). Excepcionalmente, en tales casos, sí podrá reconocerse la prestación por maternidad a la persona que mantenía una relación conyugal (o análoga) con el comitente cuando recurra a la adopción del menor.

---

<sup>65</sup> Este es precisamente el supuesto que dirime la STS 30 de noviembre de 2016 (sentencia nº 1021), en la que el padre biológico y registral, tras disfrutar del subsidio por paternidad, solicitó también el de maternidad. En este caso, el TS reconoció al demandante el subsidio de maternidad si bien obligó a detraer de éste el tiempo que el demandante lucró subsidio de paternidad. Por consiguiente, se consideró que a favor de un mismo beneficiario no pueden lucrarse sendas prestaciones, de maternidad y paternidad.

Por lo que atañe a la gestación por sustitución en la que la filiación se determine a favor de dos progenitores comitentes, será de aplicación lo previsto en el artículo 23.3 RD 295/2009, a cuyo tenor, en caso de disfrute compartido de los períodos de descanso o permiso de maternidad, la condición de beneficiario del subsidio por paternidad es compatible con la percepción del subsidio por maternidad, siempre y cuando, obvio es decirlo, el beneficiario cumpla todos los requisitos exigidos<sup>66</sup>.

Finalmente, por lo que respecta a la fecha de aplicación de los criterios interpretativos que rezan en esta consulta, se establece que los mismos deberán ser tenidos en cuenta respecto a todos aquellos expedientes que se encontraran en trámite en vía administrativa en la fecha en que se dictó la primera de las sentencias del TS que se ocupó de este asunto (25 de octubre de 2016), si bien con carácter excepcional, se prevé la posibilidad de revisión de aquellos otros expedientes administrativos, ya firmes, que hubieran sido resueltos en fecha anterior denegando el derecho a la prestación por maternidad<sup>67</sup>.

## V. CONCLUSIONES

Son muchos los países que, como España, prohíben la gestación por sustitución.

Tras la prohibición de la maternidad subrogada se trata de evitar el tráfico de menores y de proteger la dignidad de la mujer, evitando la cosificación de su cuerpo y de la función reproductiva, fundamentalmente, tratándose de mujeres de países en desarrollo que pueden ser objeto de fácil explotación dada la especial situación de vulnerabilidad que presenta.

Pese a que la maternidad subrogada no está permitida en gran número de países, resulta muy difícil escapar a esta suerte de prácticas. En un mundo abierto y global como el que vivimos resulta fácil viajar a otros países donde aquella sí está permitida para hacer realidad el deseo de ser padres. Mientras existan países que permitan la gestación por sustitución, los esfuerzos de aquellos otros que la prohíben resultarán en vano.

La protección del interés superior del menor y el derecho a una identidad única son razones que deben ponderarse a la hora de valorar el reconocimiento de tales filiaciones en el contexto internacional.

En el ordenamiento español la LTRHA declara nulo el contrato de gestación por sustitución, al tiempo que resuelve el régimen de filiación del niño, previendo que la

---

<sup>66</sup> En este sentido se determina también que tales derechos han de disfrutarse dentro de los términos temporales previstos en el ET y en el EBEP, así como en el TRLGSS y el RD 295/2009.

<sup>67</sup> En estos casos se precisa que los efectos de la revisión se producirán a partir de los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, supeditándose el reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad a que el interesado haya disfrutado del permiso/descanso por maternidad (además de la concurrencia de las circunstancias recogidas en la consulta 29/2016).

filiación materna viene determinada por el parto, y declarando el derecho que asiste al padre biológico a reclamar su filiación paterna mediante la acción correspondiente establecida en las normas generales.

La nulidad <<ab radice>> que contempla la norma debería aplicarse no solo a los contratos en los que la mujer a la que se encarga la gestación de un hijo renuncia a la filiación materna (supuesto legal actual) sino que debería extenderse a cualquier otro negocio jurídico que <<de facto>> produzca análogos efectos, singularmente, cuando a través del contrato la madre gestante renuncie exclusivamente al ejercicio de la patria potestad sin renunciar a la filiación. Aunque en este supuesto no se puede hablar de “sustitución” propiamente dicha, queda igualmente afectado el derecho a la dignidad de la mujer y su posible explotación.

La solución que arbitra el ordenamiento jurídico español no resulta satisfactoria desde el punto de vista de la protección del interés del menor, además de resultar una regulación hipócrita.

Respecto a lo primero, porque desde el punto de vista de la protección del menor no parece que lo más adecuado sea reconocer la filiación a favor de una mujer que no desea ser madre (la mujer gestante), o en su defecto, entregar el hijo a una institución para menores, existiendo unos padres (intencionales) que tienen el firme deseo de formar una familia, más aún, cuando se hayan creado vínculos afectivos entre los padres intencionales y el hijo.

Pero es que, además, se trata de una regulación hipócrita ya que, en aras de la dignidad de las mujeres, no permite a los padres intencionales acceder a la filiación deseada a través de la suscripción de un contrato de gestación por sustitución, pero sin embargo aquellos pueden sortear tal obstáculo y obtener la filiación recurriendo a la adopción, el acogimiento familiar o mediante la reclamación de la paternidad, cuando se trate del padre biológico. ¿Acaso el recurso a alguna de tales figuras para obtener la filiación de un hijo nacido de maternidad subrogada puede restituir la dignidad de la mujer que ha accedido a gestar un hijo a favor de terceros, poniendo su cuerpo a disposición?.

Aparte las críticas que pueda merecer la regulación actual de la gestación por sustitución piénsese en el difícil dilema que se plantea en torno a este tipo de prácticas porque, pese a la prohibición legal, nadie puede impedir que en el ámbito privado se recurra a la gestación por encargo. Y una vez nacido el hijo, ¿cuál debe ser la solución: impedir a los padres comitentes obtener la filiación en perjuicio de los intereses del menor; o permitirlo, contrariando entonces la legalidad vigente?.

En España los problemas actuales que suscita la gestación por sustitución se han manifestado básicamente en dos planos distintos: el reconocimiento en nuestro país de filiaciones determinadas conforme a legislación extranjera; y el derecho a obtener en tales casos prestaciones de Seguridad Social. Sin embargo, la solución a estos asuntos no ha recibido una respuesta uniforme en sede administrativa y jurisprudencial.



La aplicación de la doctrina jurisprudencial en la materia está dando lugar a una situación discriminatoria entre aquellos sujetos comitentes que celebran un contrato de esta naturaleza en países cuya legislación lo permite y que, al regresar a nuestro país obtienen el reconocimiento de tal filiación y pueden acceder, además, a subsidios por maternidad/paternidad; y aquellos otros que convienen tales prácticas en España, a los que no se reconoce ninguno de tales derechos.

Esta situación por sí sola justifica una intervención urgente del legislador en aras de regular las distintas facetas que presenta la gestación por sustitución<sup>68</sup>. En este terreno, las opciones son varias: seguir prohibiendo tajantemente estas prácticas, o permitir las total o parcialmente (por ejemplo sólo en supuestos de infertilidad).

En caso de que se llegara a admitir la gestación por sustitución deberían adoptarse todas las cautelas necesarias a fin de salvaguardar los distintos derechos e intereses en conflicto. De un lado, la dignidad de la mujer subrogante garantizando que su consentimiento sea prestado libremente, y evitando situaciones de posible explotación. En tal sentido podrían arbitrarse medidas tales como la obligada intervención de autoridad judicial (o administrativa) a la hora de formalizar esta suerte de pactos (de forma análoga a lo que sucede con la adopción o el acogimiento familiar); el carácter gratuito del contrato (dejando a salvo los gastos que pueda reportar el proceso de gestación –médicos, laborales...-)<sup>69</sup>; o la garantía del anonimato de los sujetos intervinientes en el mismo. Asimismo, sería conveniente acoger los instrumentos pertinentes en orden a evitar la desprotección o el abandono del menor, particularmente, en supuestos de ruptura de parejas, fallecimiento, o incluso simple arrepentimiento respecto del compromiso adquirido.

Llegado el caso, deberían regularse los permisos por maternidad/paternidad ligados al nacimiento de hijos por gestación por sustitución, y el régimen jurídico atinente a los subsidios de Seguridad Social correspondientes. La regulación de esta materia no puede seguir descansando exclusivamente sobre los criterios jurisprudenciales y administrativos sentados hasta la fecha, que si bien han venido resolviendo situaciones concretas, no pueden extenderse sin más a todas las situaciones planteables.

---

<sup>68</sup> Como es sabido, el pasado mes de junio el Grupo Parlamentario Ciudadanos registró en el Congreso de los Diputados una proposición de ley para regular la gestación subrogada. A favor de la regulación de la gestación por sustitución se manifiestan, entre otros, MOLINA NAVARRETE, C.: “Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015, asunto *Paradiso i Campanelli c. Italia*, demanda núm. 25358/2012”, Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº 399, 2016, pág. 204. En el mismo sentido, CORDERO GORDILLO, V.: “Gestación por sustitución y prestación por maternidad. (SSTS de 25 de octubre de 2016 (RJ 2016, 6167) y de 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6152)”. Nueva Revista Española de Derecho del trabajo, nº 196, 2017, pág. 251. Abogando por el establecimiento de un marco legal completo se manifiesta también HERRANZ HERGUEDAS, M.: “Derecho del padre a la prestación...” ... op. cit., pág. 4.

<sup>69</sup> La gratuidad del contrato ofrece, en principio, mayores garantías frente a hipotéticas situaciones de explotación.

En fin, de acabar extendiendo estos derechos laborales y prestacionales a todos los supuestos de gestación subrogada, nacionales e internacionales, habría que clarificar múltiples cuestiones en relación con el régimen jurídico aplicable a estos casos. Así, por ejemplo, existiendo una madre comitente y teniendo en cuenta la triple finalidad que persigue el permiso de maternidad (a saber, atender a la recuperación y salud de la madre, proteger las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el período posterior al parto, y procurar la atención y cuidados necesarios al menor), ¿a quién correspondería el disfrute del permiso (y correspondiente subsidio) de maternidad: a la gestante y/o a la comitente?. ¿Podrían distribuirse tales derechos entre la madre gestante y la comitente, en función de sus respectivas necesidades?. Y es que nos encontramos en este supuesto ante dos situaciones de necesidad susceptibles de protección: el fomento de los lazos materno-filiales y la atención y el cuidado del menor tras el nacimiento de éste por parte de la comitente; y el cuidado y recuperación física necesarios por parte de la madre subrogada que ha asumido el proceso de gestación.

#### BIBLIOGRAFÍA:

- ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del tribunal supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”. Información Laboral, nº 4/2017.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, Revista de Derecho de la Seguridad Social, nº 8, 2016.
- CAMARERO GONZÁLEZ, G.J.: “Notas sobre la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”. Diario La Ley, nº 7910, Sección Tribuna, 2012.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El derecho a la prestación por maternidad del padre que contrata en solitario un vientre de alquiler. Comentario a la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, núm. 881/2016, de 25 de octubre (Recud. 3818/2015)”. Revista de Derecho de la Seguridad Social, nº 10, 2017.
- CERVILLA GARZÓN, M.J.: “El avance hacia el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad y otros derechos sociales en los supuestos de gestación por sustitución”. Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 188/2016, Aranzadi.
- CORDERO GORDILLO, V.: “Gestación por sustitución y prestación por maternidad. (SSTS de 25 de octubre de 2016 (RJ 2016, 6167) y de 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6152)”. Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 196, 2017.

- DÍAZ ROMERO, M.R.: “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”. Diario La Ley, nº 7527, sección Doctrina, 2010.
- DURÁN AYAGO, A.: “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”. Anuario de Derecho Internacional Privado, tomo XII, 2012.
- FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A.S., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”. Revista Aranzadi Doctrinal, nº 6, 2011.
- GARCÍA ALGUACIL, M.J., “¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?”. Aranzadi, nº 5/2016.
- GETE-ALONSO y CALERA, M.C. y SOLÉ RESINA, J. *Filiación y potestad parental*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: “Reconocimiento de la prestación de maternidad a padre biológico de menores nacidos por gestación de sustitución en Estados Unidos. STSJ Cataluña, de 1 de julio de 2015 (AS 2015, 1826)”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 185, 2016.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada”. Aranzadi Doctrinal, nº 1/2017.
- HERRANZ HERGUEDAS, M.: “Derecho del padre a la prestación de maternidad: gestación por sustitución. STSJ Madrid 23 diciembre 2014 (AS 2015, 406)”. Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 178/2015, Aranzadi.
- HIERRO HIERRO, F.J.: “Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada”. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 127, 2017.
- MERCADER UGUINA, J.: “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2017), Vol. 9, Nº 1.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015, asunto *Paradiso i Campanelli c. Italia*, demanda núm. 25358/2012”, Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº 399, 2016.

- MOLINA NAVARRETE, C.: “Prohibida la <<nacional>>, ¿protegemos la <<gestación/maternidad subrogada internacional>> con prestaciones sociales?”. Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF, nº 406, 2017.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A.: “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español”, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 9/2014.
- ORTIZ VIDAL, M.D.: “La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad/paternidad en España y la novísima jurisprudencia del TJUE”. Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 180, 2015.
- PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: “Gestación por sustitución y prestaciones por maternidad. (Análisis de los nuevos criterios administrativos con ocasión de las SSTs de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016)”. Revista Aranzadi digital nº 1/2017. Estudios y Comentarios.
- SELMA PENALVA, A., “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, Revista doctrinal Aranzadi Social, nº 9/2013.
- SELMA PENALVA, A.: “Nuevas posiciones entorno a la maternidad subrogada”. Nueva Revista Española Derecho del Trabajo, Aranzadi, nº 172, 2015.
- TREJO CHACÓN, M.F.: “Prestación de maternidad en los supuestos de gestación por sustitución. STSJ Las Palmas de Gran Canaria de 27 de marzo de 2015 (AS 2015, 1993)”. Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 185, 2016.
- VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional”. Diario La Ley nº 9827, Sección Doctrina, 2017.
- VILAR GONZÁLEZ, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución”, Revista de Derecho UNED, nº 14, 2014.